Ehefrau und ehemännliches Entscheidungsrecht

ABHANDLUNG

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

ANNELIESE KLEINEWEFERS
geb Rody.

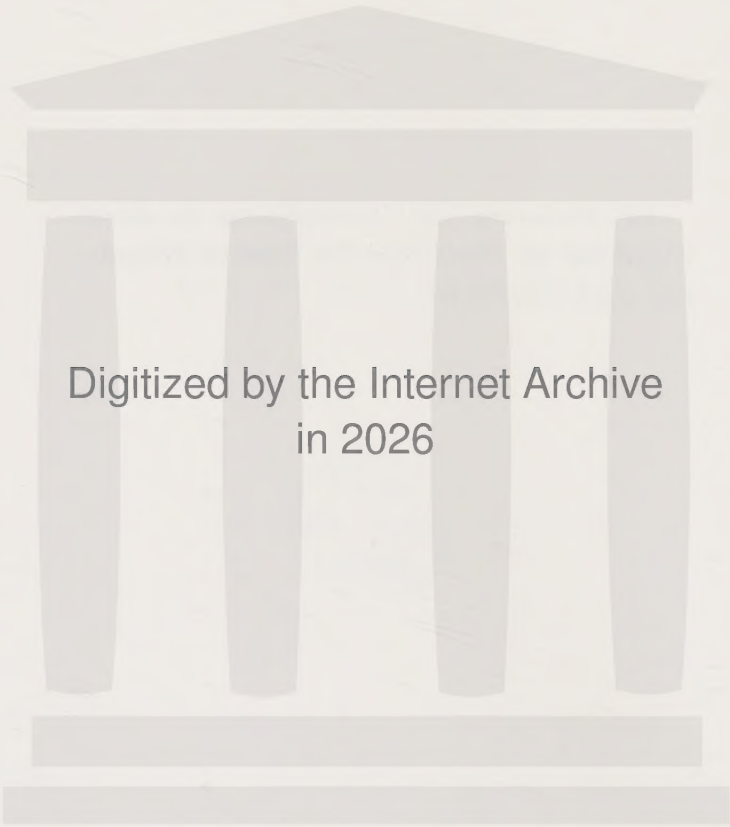
1 9 3 9

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Angenommen auf Bericht der Professoren
Dr. K. Th. Kipp und Dr. Dölle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Für Förderung und Unterstützung bei dieser Arbeit bin ich Herrn Prof. Dr. Kipp zu besonderem Dank verpflichtet.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546404_0070

MEINEM MANN.

INHALTS-VERZEICHNIS

A. Umfang des ehemännlichen Entscheidungsrechts 1

I. Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1354 BGB . . . 1

1. Begriff der „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten“ 1

2. Einzelfragen 2

a) Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder . 2

b) Sonderangelegenheiten der Frau 3

c) Briefwechsel der Frau 5

II. Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1356 BGB . . . 6

III. Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1634 BGB. . . . 7

1. Die elterliche Gewalt 7

a) Ihre Bestandteile 7

b) Berechtigung der Mutter 8

2. Umfang des ehemännlichen Entscheidungsrechts . . . 10

3. Anwendbarkeit der Mißbrauchseinrede des § 1354 II BGB 10

IV. Mißbrauch des Entscheidungsrechts 12

1. Wesen des Rechtsmißbrauchs 12

2. Auslegung des Mißbrauchsbegriffs nach herrschender Lehre 13

V. Zusammenfassende Darstellung 15

B. Ein Entscheidungsrecht des Mannes noch zeitgemäß? . . . 15

I. Auffassungen bei der Beratung des BGB 15

II. Gründe gegen das ehemännliche Entscheidungsrecht . . . 16

1. Die Frau im Erwerbsleben 16

2. Entwicklung der Frau 18

3. Gleichberechtigung 19

C. Wege zur Besserstellung der Ehefrau 21

I. Einige Reformvorschläge und ihre Mängel 21

1. Freie Vereinbarung der Ehegatten 21

2. Entscheidung des Vormundschaftsrichters 23

3. Entscheidung nach sachlicher Zuständigkeit 25

II. Das Verhältnis der Ehegatten nach heutiger Rechtsanschauung 26

1. Ablehnung einer „eheherrlichen Gewalt“ 26

2. Gemeinschaftsidee im Eherecht 26

3. Führerprinzip in der Ehe 28

a) Vergleich mit dem Führerprinzip im Staat 28

b) Pflichten des Mannes als Führer, der Frau als seiner Beraterin 29

III. Auslegung des Mißbrauchsbegriffs 31
1. Verletzung der Führerpflichten 31
2. Mißbrauch bei Entscheidung in häuslichen Angelegenheiten, §§ 1354, 1356 BGB 31
3. Mißbrauch im Bereich des § 1634 BGB 33
a) Mißbrauch gegenüber dem Kind zugleich Mißbrauch gegenüber der Mutter 33
aa) bei kleinem fürsorgebedürftigen Kind . . . 33
bb) andere Fälle 36
b) Mißbrauch beim Recht zum Getrenntleben der Ehefrau 37
c) Mißbrauch bei Entscheidung in Frauenangelegenheiten . 40
IV. Unsere Auffassung vom Rechtsmißbrauch und das Gesetz . . 40
1. „Mißbrauch" heute und bei Entstehung des BGB . . 40
2. Bindung des Richters an das Gesetz 41
3. Bedeutung der Rahmenbegriffe 42
V. Folgen des Rechtsmißbrauchs 44
1. Herstellungs- und Feststellungsklage 44
2. Entscheidungsbefugnis der Frau 45

D. **Andere Wertung des Begriffs „Sonderangelegenheiten"** . . . 46

E. **Ergebnis der Untersuchungen** 48

VORWORT.

Die Frage der Rechtsbeziehungen der Gatten zueinander im Hinblick auf die Entscheidungsbefugnis des Ehemanns bedarf heute, da die Bedeutung der Frau im Leben des Volkes anerkannt ist, einer erneuten Prüfung.

Die vorliegende Abhandlung hat sich daher zur Aufgabe gesetzt, zu dem durch den Titel der Arbeit gekennzeichneten Problemkreis nicht nur zu untersuchen, inwieweit die bisherige Literatur und Rechtsprechung noch mit den Rechtsanschauungen der Gegenwart vereinbar sind, sondern vor allem darzulegen, wie vom Boden unseres heutigen Rechtsdenkens die Stellung der Frau nach geltendem Recht aufgefaßt werden muß.

A. UMFANG DES EHEMÄNNLICHEN ENTSCHEIDUNGSRECHTS.

I. Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1354 BGB.

1. Begriff der „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten".

Gemäß § 1354 BGB steht dem Mann die Entscheidung in „allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten" zu. Das Reichsgericht führt hierzu aus, daß „nur beiden Ehegatten gemeinsame, die Gestaltung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse betreffende Fragen" dazu zählen [1]). Wie umfassend der Begriff „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheiten" ausgelegt wird, veranschaulichen die Ausführungen Plancks bei der zweiten Lesung des Gesetzes im Reichstag [2]). Von Planck wurde ausgeführt, es handele sich hierbei um die tausendfältigen Fragen des täglichen Lebens, die aber doch entschieden werden müßten, wenn die Ehegatten eine wirtschaftliche Gemeinschaft haben wollten, wie das gemeinschaftliche Leben einzurichten sei, in welchem Zimmer gewohnt, um welche Zeit die gemeinschaftliche Mahlzeit eingenommen werden solle usf. [3]) Weitere Beispiele für Fragen des täglichen Lebens, deren Bestimmung dem Manne obliegt, sind die Ausstattung der Wohnräume [4]), ferner die Art der Lebensführung [5]), die Festsetzung des häuslichen Budgets [6]), etwaige Erholungsreisen, auch ob und welche Personen, z. B. ein voreheliches Kind eines Ehegatten, in den gemeinschaftlichen Haushalt aufzunehmen sind [7]).

---

1) RG 87, 58. — Die Vermögensbeziehungen zwischen den Gatten scheiden jedoch aus dem Kreis der gemeinschaftlichen Angelegenheiten aus, sie werden ausschließlich durch das Güterrecht geregelt. Marchtaler: Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz, S. 93; Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, ArchfBR 26, 77; RG 87, 56.

2) StenBer. S. 550.

3) Diese Auffassung ist auch für die heutige Auslegung maßgebend. RGRK § 1354, 2.

4) Staudinger 9. Aufl. § 1354, 1; Mitteis S. 33, 2 b.

5) Staudinger a.a.O.

6) RGRK § 1354, 2.

7) Planck § 1354, 2; Staudinger § 1354, 1.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Gestaltung der gesamten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebenshaltung [8]), also insbesondere Fragen der äußeren Lebenshaltung und -führung [9]) hierzu zu rechnen sind.

2. Einzelfragen.

a) Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder.

Zweifelhaft erscheint, ob die Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder eine gemeinschaftliche, das eheliche Leben betreffende Angelegenheit im Sinne des § 1354 BGB ist.

Während die herrschende Lehre die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder als gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit der Ehegatten ansieht [10]), vertreten andere [11]) den Standpunkt, es liege hier zwar eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Eltern, nicht aber eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit, vor [12]).

Die letztgenannte Auslegung ist m. E. zu eng. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zählen zwar zu den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten „nur beiden Ehegatten gemeinsame, die Gestaltung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse betreffende Fragen". Allein die Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder ist eine Angelegenheit, die nicht nur beide Ehegatten gemeinsam angeht, auch das eheliche Leben wird unmittelbar durch sie betroffen. Die Kinder als Angehörige der Familie sind so eng in den Lebenskreis der Ehegatten einbezogen und gleichsam im Leben der Ehegatten verwurzelt, daß man bei Berücksichtigung dieser Tatsachen die Sorge für die Person der Kinder auch als gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit bezeichnen muß [13]).

Auch im Gesetz findet die gegenteilige Meinung keine Stütze. In den §§ 1627 und 1634 BGB hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, daß die Sorge für die Person der Kinder eine gemeinsame Lebensaufgabe der Eltern ist [14]). Eine Mittelmeinung

8) Mitteis S. 33, 2 b; Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft . . . S. 43; Staudinger § 1354, 1.

9) Soergel § 1354, 1.

10) Planck § 1354, 10; Soergel § 1354, 1; RGRK § 1354, 2; RG 55, 419; Mitteis S. 33, 2 b; Eck, Die elterliche Gewalt im BGB, ihr Inhalt und ihre Zuständigkeit, ArchfBR 41, 125.

11) Wetzel, ArchfBR 26, 77; Staudinger § 1354, 1.

12) v. Blume § 1634 Anm. 18 bestreitet sogar, daß es sich um eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Eltern handele; denn die Ausübung der elterlichen Gewalt stehe den Eltern nicht gemeinschaftlich, sondern jedem selbständig zu.

13) Opet JW 19, S. 302; Planck a.a.O.

wird von Joerges[14a]) vertreten. Nach ihm ist die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder nur insoweit eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit, als sie sich mit der Regelung der häuslichen Gemeinschaft befaßt. Die Bestimmung darüber, wo die Kinder schlafen, wo sie sich während des Tages aufhalten, wann sie aufstehen usf. sei eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Gatten, weil sie die Haushaltungsgemeinschaft als solche betreffe, während dies für die Erziehung nicht gelte, da diese mit der häuslichen Gemeinschaft nicht in Beziehung stehe. Joerges kommt zu der geschilderten Unterscheidung, weil er unter Angelegenheiten, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffen, ursprünglich nur solche versteht, die sich auf den Ort, wo sich das eheliche Leben abspielt, beziehen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Angelegenheit, die ihren Beziehungspunkt in den beiden Ehegatten als Einheit finde, eine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit sei. Diese Unterscheidung ist unrichtig, denn der Begriff der das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten hat, wie S. 1 ff. näher dargelegt ist, eine umfassendere Bedeutung als die streng örtliche Auffassung von Joerges. Jeder Ehegatte hat gegenüber dem anderen ein Recht darauf, daß auch dieser sich um die gemeinschaftlichen Kinder bekümmert[15]). Damit ist auch der Einwand, das Verhältnis der beiden Ehegatten zu den gemeinschaftlichen Kindern betreffe nicht die Lebensgemeinschaft der Gatten, da es in den §§ 1616 ff. BGB ausschließlich geordnet sei[16]), widerlegt. Die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder ist somit als eine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit der Gatten zu bezeichnen.

b) Sonderangelegenheiten der Frau.

Streitig ist, ob sich das Entscheidungsrecht des Mannes auch auf Sonderangelegenheiten der Frau bezieht. Hierunter werden in der Literatur[17]) eigene Angelegenheiten der Frau, also solche, die zu ihrer höchstpersönlichen Sphäre gehören, verstanden. Man rechnet u. a. die Kleidung, die Haartracht der Frau, ihre Lektüre, ihren Umgang, das Rauchen, Tanzen und den Theaterbesuch hierzu. In der heutigen Zeit ist vielleicht der Besuch des Kinos noch erwähnenswert. Nach der herrschenden Meinung[18]) soll sich das Entschei-

14) Marchtaler S. 91 ff.
14a) Die eheliche Lebensgemeinschaft S. 44.
15) Opet JW 19, S. 302; Planck a.a.O.
16) Wetzel a.a.O.
17) Mitteis S. 33, 2 b; Planck § 1354, 2; Staudinger § 1354, 1; Cosack § 318, II c; Wetzel, ArchfBR 26, 77; Joerges S. 40/41.
18) Staudinger § 1354, 1; Mitteis S. 33, 2 b; Dernburg S. 113, III; Joerges S. 41; Wetzel, ArchfBR 26, 77.

dungsrecht des Mannes auf solche rein persönlichen Angelegenheiten der Frau nicht erstrecken, reine Frauensachen seien der Frau vorbehalten. Demgegenüber betont Cosack[19]), der Mann sei auch befugt, diese persönlichen Angelegenheiten der Frau zu überwachen[20]). Von allen diesen Dingen hinge doch die Stimmung, die im Hause herrsche oder das Ansehen, das das Ehepaar als solches nach außen hin genieße, nicht unwesentlich ab. Das gemeinsame eheliche Leben werde durch diese Angelegenheiten empfindlich berührt. Auch die Art, in der die Frau sich kleide[21]), sei eine Angelegenheit, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffe und zwar nicht nur, wenn die Gatten sich gemeinsam zeigten, sondern auch dann, wenn die Frau allein in Erscheinung trete, denn nach ihrer Kleidung werde nicht ohne Grund auch der Mann beurteilt.

Zuzugeben ist dieser Auffassung, daß auch die persönlichen Angelegenheiten der Frau die ehelichen Interessen mehr oder minder berühren können. Dieses ist im Wesen der Ehe als der engsten Lebensgemeinschaft der Gatten, in der die Handlungen und Unterlassungen des einen Teils naturnotwendig auch den Lebenskreis des anderen berühren, begründet[22]). Fraglich erscheint jedoch, ob diese persönlichen Angelegenheiten der Frau, die das Interesse des Mannes zwar berühren, wenn auch nur mittelbar, dadurch zu gemeinschaftlichen Angelegenheiten werden, über die dem Mann ein Entscheidungsrecht zusteht[23]). Das muß man verneinen. Was nur mittelbar das Interesse des Mannes berührt, kann keine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit im Sinne des § 1354 sein. Gäbe man dem Manne auch in Sonderangelegenheiten der Frau ein Entscheidungsrecht, so hätte die Hervorhebung, daß ihm in gemeinschaftlichen Angelegenheiten die Entscheidung zustehe, keinen Sinn. Der Gegensatz zwischen gemeinschaftlichen und Sonderangelegenheiten wäre aufgehoben, wollte man dem Mann auch in Angelegenheiten, die sein Interesse und das der Familie nur mittelbar berühren, ein Entscheidungsrecht einräumen[24]). Zudem ist zu bedenken, daß ein so weitgehendes Kontrollrecht des Mannes gegen das heutige Rechtsgefühl verstieße[25]).

Es ergibt sich somit der Grundsatz: Der Ehemann hat nur in den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden

19) § 318, II c.
20) Cosack führt u. a. den Umgang der Frau mit Verwandten, ihren Kirchenbesuch, ihre Toilette und die Pflege ihrer Gesundheit an.
21) Cosack-Mitteis § 44, II Beisp. 2.
22) Marianne Weber, Frauenfragen und Frauengedanken. S. 76.
23) Planck § 1354, 2.
24) Dernburg S. 113, III; Staudinger § 1354, 1; Joerges a.a.O. S. 43.
25) Marchtaler S. 91 ff.

Angelegenheiten ein Entscheidungsrecht; handelt es sich jedoch ausschließlich um persönliche Angelegenheiten der Frau, um sog. Sonderangelegenheiten, so hat insoweit die Frau allein zu bestimmen.

Nun ist es denkbar, daß die hier bezeichneten Sonderangelegenheiten im Einzelfalle nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar das Interesse der Familie berühren. Die Frau trägt z. B. Kleider, die nach der Anschauung der in Betracht kommenden Kreise gegen Anstand und Sitte verstoßen [26]). Gewiß ist die Kleidung der Frau an und für sich ihre Sonderangelegenheit. Das Interesse, das sowohl der Mann als auch die Familie als solche an einer nicht gegen den Anstand verstoßenden Kleidung der Frau hat, ist jedoch so groß, daß man hier nicht mehr von einer Sonderangelegenheit sprechen kann [27]). Sie ist infolge ihrer unmittelbaren Einwirkung zu einer gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheit geworden. Hieraus ergibt sich auch das Recht des Mannes, Einspruch gegen die anstößige Kleidung zu erheben [28]). Dieses Recht geht aber nur soweit, als es sich um das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheiten handelt. Der Mann könnte in dem genannten Fall der Frau nicht vorschreiben, w i e sie sich zu kleiden hat, er kann lediglich die anstößige Kleidung verbieten, denn nur insoweit handelt es sich nicht mehr um eine Sonderangelegenheit der Frau.

Auch beim Umgang der Frau muß je nach Lage des Falles der Mann im Interesse der Familie ein Einspruchsrecht geltend machen können. Angenommen, die Frau verkehrt häufig in diesem oder jenem Haus und dieser Umgang verträgt sich nicht mit der Stellung des Mannes in der Gemeinschaft. Die Sonderangelegenheit wird damit zur gemeinschaftlichen, d. h. der Mann kann in diesem Falle seiner Frau den unpassenden Umgang untersagen, um die Belange seiner Familie zu wahren.

c) Briefwechsel der Frau.

Fraglich erscheint, ob sich das Entscheidungsrecht des Mannes auch auf den Briefwechsel der Frau bezieht, d. h. ob der Mann die an seine Frau gerichteten oder von ihr geschriebenen Briefe öffnen darf.

---

26) Ein bei Staudinger § 1354, 1 und Cosack-Mitteis § 44, II Beisp. II angeführter Fall.

27) Ähnlich Joerges S. 42. Auch er erkennt an, daß eine Sonderangelegenheit zu einer gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheit werden kann. Er führt hierzu aus, eine Sonderangelegenheit läge dann nicht mehr vor, sobald sie eine Einwirkung auf das ehelichen Leben zeige, die im Interesse desselben zu vermeiden sei.

28) Staudinger § 1354, 1; Joerges S. 41; Hörle, ArchfBR 31, S. 121 ff.

Die herrschende Lehre zählt die Korrespondenz der Frau zu ihren Sonderangelegenheiten[29]). Demgegenüber behauptet Kohler[30]), der Mann müsse das Recht haben, die an seine Frau gerichteten Briefe zu erbrechen, sonst ließe sich ein Eindringen von Unlauterkeiten und Schlechtigkeiten in das Haus nicht verhüten. Die „Heilighaltung des häuslichen Herdes" sei Aufgabe des Mannes.

Es soll an dieser Stelle nicht erörtert werden, welche Pflichten dem Mann innerhalb der Hausgemeinschaft obliegen. Wir wollen lediglich die Frage prüfen, ob die Korrespondenz der Frau ihre Sonderangelegenheit ist. Mit der h. L. ist zu sagen, daß die Korrespondenz der Frau, ebenso wie ihre Lektüre und ihr Umgang im Prinzip zu ihrer höchstpersönlichen Sphäre gehört. Briefe, die die Frau schreibt und die an sie gerichtet sind, gehen an und für sich sie allein an und betreffen sie persönlich. Ein Kontrollrecht des Mannes in dieser eigenen Angelegenheit der Frau ist daher grundsätzlich abzulehnen[31]).

Anders ist allerdings zu entscheiden, wenn der Inhalt der Briefe das gemeinschaftliche eheliche Leben betrifft[32]). Die Einschränkung, die für den persönlichen Umgang der Frau gilt (vgl. oben S. 5), hat auch für die Korrespondenz, den schriftlichen Verkehr, ihre Berechtigung. Führt die Frau demnach eine bedenkliche Korrespondenz, die sie im Interesse der Familie besser vermeiden würde, so hat der Mann das Recht, ihr die Fortführung des Briefwechsels zu untersagen.

II. Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1356 BGB.

Gemäß § 1356 BGB hat die Frau die Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens. Sie ist berechtigt und verpflichtet, all die Handlungen vorzunehmen, die die Tätigkeit eines Haushaltungs-

---

29) Kipp, Karl Theodor, Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den Romanischen Rechten S. 4; Dernburg S. 113, Anm. 13; Planck § 1354, 2; Mitteis S. 33, 2 b; Wetzel, ArchfBR 26, 77; DJZ 04, 65.

30) S. 63.

31) Gegen Cosack § 318, II c. — Demgegenüber leitet das französische Recht aus der allgemeinen Gehorsamspflicht der Frau (Art. 213 Code civil) eine puissance maritale ab, die dem Ehemann das Recht gibt, die Korrespondenz seiner Frau zu überwachen. Allerdings ist auch dieses Recht durch Mißbrauch begrenzt. Aus bloßer Neugier z. B. darf der Mann die Korrespondenz seiner Frau nicht einsehen, denn das Recht ist ihm nicht in seinem Interesse, sondern in dem der Familie gegeben. Planiol et Ripert Bd. II, Nr. 374, 381, 382; Kipp, Schlüsselgewalt S. 4; Josserand, Cours de Droit Civil Positif Français, Bd. I, Nr. 879.

32) Ebenso Staudinger § 1354, 1; Hörle, ArchfBR 31, 121 ff.

vorstandes umfassen, z. B. dafür zu sorgen, daß die Mahlzeiten zubereitet und die Zimmer gereinigt werden [33]).

Der weiblichen Leitung ist jedoch das Entscheidungsrecht des Mannes übergeordnet, d. h., auch im häuslichen Wirkungskreis unterliegt die Tätigkeit der Frau der Bestimmung des Mannes: durch die Verweisung des § 1356 auf § 1354 BGB wird klargestellt, daß in den Angelegenheiten des Hauswesens der Mann die entscheidende Stimme hat. Er kann also auch in diesem Bereich Anweisungen geben [34]). Das Gesetz hat also der Frau auch in häuslichen Angelegenheiten keine übergeordnete Stellung eingeräumt.

III. Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1634 BGB.

1. Die elterliche Gewalt.

a) Ihre Bestandteile.

Gemäß § 1634 BGB hat der Vater die Entscheidung in Angelegenheiten, die die Personensorge des Kindes betreffen. Da diese ein Element der elterlichen Gewalt ist, soll die elterliche Gewalt als der umfassendere Begriff kurz dargestellt werden.

Die elterliche Gewalt ist eine Schutzgewalt [35]). Der Inhaber hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, sowie das Kind zu vertreten. Mit der elterlichen Gewalt ist weiter das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen verbunden [36]).

Das Gesetz spricht von „elterlicher Gewalt". Man sollte also annehmen, daß diese Gewalt den Eltern gemeinsam, d. h. beiden Ehegatten, zustände. Die Regelung geht jedoch dahin, daß dem Vater sowohl die Personensorge für das Kind, die Sorge für sein Vermögen, als auch die Nutznießung am Kindesvermögen zusteht [37]), während das Gesetz der Mutter nur die sog. Nebengewalt einräumt [38]). Gemäß § 1634 BGB hat die Mutter neben dem Vater nur die Sorge für die Person des Kindes.

Man kann also sagen, daß bei bestehender Ehe und bei Lebzeiten beider Gatten der Vater regelmäßig Inhaber der elterlichen Gewalt ist [39]).

---

33) RGRK § 1356, 4. — In welchem Umfange sie die Arbeiten im Hauswesen persönlich vornehmen muß, ist eine Frage der Üblichkeit und hat mit der Leitung des Hauswesens als solcher nichts zu tun. Soergel § 1356, 1.

34) Allerdings reicht sein Recht nicht soweit, daß er die Leitung des Hauswesens einer anderen Person übertragen kann. RG Recht 27, Nr. 1657.

35) Müller, Elterliche Gewalt und Vormundschaft S. 1, 3.

36) § 1649 BGB.

37) Also die drei Hauptelemente der elterlichen Gewalt; Mitteis S. 64.

b) Berechtigung der Mutter.

Worauf beschränkt sich nun das Recht der Mutter im einzelnen? Um dies klar herauszustellen, muß man die Vertretung des Kindes von der sogen. tatsächlichen Personenfürsorge scheiden[40]). Unter Vertretung des Kindes hat man die Handlungen zu verstehen, mit welchen rechtliche Wirkungen für das Kind verbunden sind, während die tatsächliche Fürsorge die Handlungen umfaßt, bei denen in der Person des Kindes keine Rechtswirkungen eintreten[41]). Die Mutter hat nur das Recht der tatsächlichen Personensorge[42]), d. h. sie darf nur Handlungen vornehmen, die unmittelbar der persönlichen Fürsorge dienen und für das Kind keine Rechtswirkungen erzeugen[43]). Ihr obliegt somit neben dem Vater die Erziehung des Kindes[44]), also seine Charakter- und Geistesbildung. Auch zur körperlichen Ertüchtigung des Kindes muß die Mutter beitragen, z. B. ihr Kind anhalten, Sport zu treiben, seinen Körper zu pflegen usw. Hierzu darf sie auch angemessene Zuchtmittel anwenden, § 1631 BGB. Hauptzweck der Personengewalt ist ja, Körper, Geist und Charakter des Kindes nach den gegebenen Verhältnissen und insbesondere den Anlagen des Kindes, auszubilden[45]). Vor allem die körperliche Pflege des Kindes, seine Ernährung[46]), die Fürsorge in Krankheitsfällen[47]) und die Beschützung gegen Krankheiten[48]) zählen daher zur tatsächlichen Personensorge. Auch die Beaufsichtigung des Kindes, also seine Überwachung, obliegt demjenigen, der die tatsächliche Personensorge innehat[49]).

Zur Vertretung dagegen gehört u. a. die Ermächtigung des Kindes zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes[50]),

---

38) Mitteis S. 69.

39) Kipp § 79, VI. — Der Ausnahmefall des Ruhens oder der tatsächlichen Behinderung soll hier nicht berücksichtigt werden. Vgl. § 1685 I BGB.

40) Crome S. 497· Planck (3. Aufl.) § 1627, 2.

41) Fuchs, Familienrecht § 1793; Planck (3. Aufl.) § 1672.

42) Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts 4. Bd. Immaterialgüterrechte S. 490; Staudinger, Vorbem. 3 zu §§ 1631—1637.

43) § 3 Abs. 2 des Ehegesetzes vom 6. Juli 1938 bildet eine Ausnahme. Der Mutter als Sorgeberechtigter steht hiernach die Befugnis zu, neben dem Vater die Einwilligung zur Heirat eines Minderjährigen zu erteilen.

44) Planck § 1627, 2.

45) Kohler, Lehrb. Fam. R. Bd. III, Teil 1 S. 415; Soergel § 1631 a; Mot. IV, S. 750; Riss, Erziehungsrecht und Vertretungsmacht, JurRundsch. 1926, Bd. I Sp. 1191. —

46) Dernburg § 74, I.

47) Planck § 1627, 2.

48) Dernburg § 74, I; Eck, ArchfBR 41, 42.

49) Soergel § 1631 b.

50) § 112 BGB.

die Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten[51]), der Antrag auf Volljährigkeitserklärung[52]), die Mitwirkung beim Abschluß von Lehrverträgen nach der Gewerbeordnung[53]). Die Entscheidung, was im Einzelfalle zur Vertretung gehört, und was zur tatsächlichen Personensorge, ist nicht immer leicht.

Streitig ist u. a., ob die Vornamengebung Ausfluß der tatsächlichen Personengewalt ist oder zur Vertretung des Kindes gehört[54]). Obwohl das Gesetz darüber schweigt, ist allgemein anerkannt, daß der Gewalthaber bezw. der Vormund die Befugnis hat, dem Kind den Vornamen beizulegen[54a]). Nach der obigen Begriffsbestimmung liegt eine Vertretungshandlung dann vor, wenn eine rechtliche Wirkung für das Kind eintritt. Welche rechtliche Folge sollte sich an die Vornamengebung knüpfen? Etwa die Bindung des Kindes an den ihm zugelegten Vornamen? Diese Folge reicht nicht aus, um die Vornamengebung eindeutig zur Vertretung rechnen zu können. Daher halte ich v. Blume's Behauptung[55]), die Namengebung sei Rechtshandlung, und damit Ausfluß der gesetzlichen Vertretung, nicht für überzeugend. Andererseits kann man auch nicht sagen, die Vornamengebung sei ohne weiteres ein Akt der tatsächlichen Personensorge, wie Opet wegen der unmittelbaren Beziehung zu der Person des Kindes ausführt. Es liegt hier ein Fall vor, in dem die Einordnung zur rechtlichen oder tatsächlichen Personensorge nur aus anderen Erwägungen erfolgen kann. Für die Einordnung unter die tatsächliche Personensorge spricht zunächst, daß der Vater, wenn er die Vertretung des Kindes nicht hat, aber Inhaber der tatsächlichen Personengewalt ist, dennoch berechtigt sein muß, den Vornamen seines Kindes zu bestimmen[56]). Auch die Erwägung, daß die Mutter kein Mitwirkungsrecht bei der Vornamengebung hätte, daß also bei bestehender Ehe der Vater allein und unter Ausschluß der Mutter den Vornamen des Kindes wählen könnte, spricht gegen die Einordnung unter die Vertretung.

---

51) § 113 BGB.
52) § 3 und § 4 BGB.
53) Planck 3. Aufl. § 1627,2; Staudinger 9. Aufl. Vorbem. zu §§ 1631—37.
54) Planck, 3. Aufl. § 1616,2; Opet und v. Blume, Familienrecht, Komm. z. BGB I. Teil, S. 486,3 a, S. 506, Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB S. 194. LG Berlin StAZ 1926, 117; KG StAZ 1925, 374. Stölzel-Spieler, Personenstandsgesetz, 4. Aufl. 36 S. 301; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 93 II 2 (22.—24. Aufl.).
54a) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, a.a.O.
55) Opet und v. Blume, FamR. a.a.O.
56) Planck, 3. Aufl. § 1616,2.

Die Bestimmung des Vornamens ist daher als zur tatsächlichen Personensorge gehörig anzusehen[57]). Die Mutter kann also neben dem Vater über den Vornamen bestimmen, vorbehaltlich des väterlichen Entscheidungsrechts wie im Folgenden dargetan wird.

2. Umfang des ehemännlichen Entscheidungsrechts.

In der tatsächlichen Personensorge hat nun der Vater ein der Mutter übergeordnetes Entscheidungsrecht. Kommt in einer Angelegenheit der persönlichen Fürsorge für das Kind eine Übereinstimmung der Eltern nicht zustande, so geht die Meinung des Vaters vor, § 1634 BGB.

Will die Mutter, weil sie nicht mehr eigene Milch genug hat, ein Kräftigungsmittel für das Kind zusetzen, während der Vater eine Amme zuziehen will[58]), so geht, wie es zunächst den Anschein hat, seine Meinung vor[59]), und zwar, wie Cosack[60]) ausführt, nicht, „weil sie die klügere ist, sondern weil sie die väterliche ist". Die Mutter kann auch keinen anderen Aufenthaltsort für das Kind bestimmen als den, für den sich der Vater entscheidet, selbst wenn sie der Meinung ist, daß ein anderer für das Wohl des Kindes zuträglicher sei. Auch kann die Mutter keinerlei Erziehungsmaßregeln ergreifen, die sie nach ihrer Erfahrung für richtig hält, wenn der Vater sich ihrer Meinung nicht anschließt[61]).

3. Anwendbarkeit der Mißbrauchseinrede des § 1354, II BGB.

Übt der Mann sein Entscheidungsrecht, das sich auf die gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten bezieht, mißbräuchlich aus, so ist die Frau nicht folgepflichtig, § 1354, II BGB. Dieser Ein-

---

57) so auch LG Berlin StAZ 1926, 117; Stölzel-Spieler PStGes. 4. Aufl. 1936, S. 301 ff.

58) Ein von Cosack-Mitteis, § 70, 3 gebrachtes Beispiel.

59) über die mißbräuchliche Rechtsausübung vergl. unten S. 13.

60) a.a.O.

61) Eck a.a.O. S. 120; vgl. dazu das folgende, nicht alltägliche Beispiel Cosack-Mitteis § 70, welches die Rechtslage treffend darstellt: Frau Sorg ist tatkräftig und von schnellem Entschluß, während der Mann träge ist und niemals weiß, was er will. Hier darf sie, wenn sie ihren 8jährigen Buben bei einer groben Unanständigkeit abfaßt, ihm sofort frisch und fröhlich eine Tracht Prügel versetzen, ohne ihren Gatten, der verzweifelt zusieht, zuvor um Erlaubnis zu bitten. Ist der Mann dem Prügeln abgeneigt, so mag er es sagen, ehe es zu spät ist. Rafft er sich aber dazu auf, so muß die Frau mitten in einem Schlage aufhören, wenn sie nicht wegen rechtswidriger Mißhandlung eines Menschen vor das Strafgericht kommen will.

wand des Mißbrauchs besteht auch im Bereich der häuslichen Angelegenheiten, da § 1356 ausdrücklich auf § 1354 BGB verweist. Soweit es sich aber um die tatsächliche Personensorge der gemeinschaftlichen Kinder handelt, schweigt das Gesetz. Es fragt sich daher, ob das Bestimmungsrecht des Mannes gemäß § 1634 BGB unbeschränkt ist, oder ob sein Recht, wie das der §§ 1354, 1356 BGB, durch mißbräuchliche Ausübung hinfällig werden kann.

Die h. L. hält die Mißbrauchsschranke des § 1354 II BGB bei § 1634 BGB für anwendbar [62]). Da die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit im Sinne des § 1354 BGB sei [63]), finde diese Bestimmung bei Angelegenheiten der Personensorge in vollem Umfange Anwendung.

Von anderer Seite werden gegen die Anwendbarkeit der Grundsätze des § 1354 BGB auf die elterliche Gewalt Bedenken erhoben. Die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder sei zwar eine die beiden Ehegatten berührende, nicht aber eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit [64]). Diese Auffassung ist bereits widerlegt worden. Da die Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder eine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit der Gatten ist, steht die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 1354 BGB im Bereich der Personensorge des § 1634 außer Zweifel. Wir schließen uns somit der herrschenden Lehre an. Obwohl Staudinger [65]) für den vorliegenden Fall die Anwendbarkeit des § 1354, II BGB bestreitet, kommt er auf anderem Wege zu einem gleichen Ergebnis. Er führt aus, auch im Familienrecht könne der Einwand der Schikane erhoben werden, darüber hinaus gelte aber für dieses Rechtsgebiet der Grundsatz, daß die dem Einzelnen vom Gesetz gewährten Rechte nicht schrankenlos seien. Der Inhaber des Rechts müsse auf die berechtigten Interessen der anderen Familienmitglieder die erforderliche Rücksicht nehmen [66]).

Staudinger bejaht somit die Anwendbarkeit des § 242 BGB für das Familienrecht. Man kann mit dieser Auffassung die Fälle des Mißbrauchs familienrechtlicher Gewalt ebensogut als Verstöße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Familienrecht bezeichnen [67]). Auch auf diesem Wege werden die Interessen der Ehefrau und Mutter insbesondere in Ansehung des Kindes berücksich-

---

62) RG 55, 419; WarnRspr. 1912, S. 187, 1908 Nr. 222, 1909 Nr. 107, 1913 Nr. 298; LZ 1918 S. 267 Nr. 13; JW 13, S. 646; Dernburg § 74, VII; Soergel § 1634; Eck, ArchfBR 41, 127.

63) s. oben S. 2 ff.

64) Staudinger 9. Aufl. § 1634, 1 b β.

65) § 1634, 1 b β.

66) ebenso Warneyer 1912 Nr. 172; 1912, S. 187.

67) Siebert S. 118.

tigt[68]). Es sind die konkreten Interessen der Beteiligten zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen. Man kann auch nicht sagen, der Gesetzgeber habe besonders hervorheben müssen, daß die Mißbrauchsschranke des § 1354 Abs. 2 BGB im Bereich der Personensorge Geltung habe. Eine derartige Hervorhebung war vielmehr überflüssig. Es ist selbstverständlich, daß die gesamte Vorschrift des § 1354 BGB im Rahmen des § 1634 BGB gilt[69]).

IV. Mißbrauch des Entscheidungsrechts.

1. Wesen des Rechtsmißbrauchs.

Worin besteht das Wesen des Rechtsmißbrauchs? Man könnte sich vorstellen, daß bei mißbräuchlicher Rechtsausübung zwar ein materiell einwandfreies Recht vorliege, nur werde die Durchsetzbarkeit gehindert, d. h. das Prozeßrecht versage seinen Rechtsschutz. Allein diese Auffassung entspricht nicht der Funktion des Prozeßrechts, es ist nur ein Spiegel des materiellen Rechts, und prinzipiell läßt sich sagen, daß bei fehlerlosem materiellem Recht auch die Möglichkeit besteht, es zu realisieren[70]). Es muß sich also bei dem Rechtsmißbrauch um einen materiellen Mangel handeln.

Über das Wesen dieses materiellrechtlichen Mangels besteht Streit. Hier sollen nur die beiden meist vertretenen Meinungen kurz dargestellt werden[71]). Die Theorie der äußeren Rechtsbeschränkung besagt, daß die Ausübungsschranke, also das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung von außen an den Inhaber des Rechts herantritt, ohne sein materielles Recht anzutasten und ihm verbietet, von seinem Recht Gebrauch zu machen. Es steht also dem ungeschmälerten Recht das Verbot der Ausübung des Rechts gegenüber[72]).

Dagegen sieht die sogen. Innentheorie[73]) in der rechtlichen Beschränkung der Ausübung eines Rechts eine Beschränkung des Rechtsinhalts. Das Recht selbst wird durch die Schranke in Mitleidenschaft gezogen. Wer sein Recht mißbräuchlich ausübt, handelt

---

68) RGRK § 1634 Anm. 2.
69) Marchtaler, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz S. 91 ff.
70) Siebert S. 83 ff.
71) Vgl. außerdem Martin, Gesetzesmißbrauch, Rechtsmißbrauch S. 5 ff.; RG 111, 197.
72) So insbesondere Herich: Die Übertragung der Rechtsausübung S. 26; Planck § 226, V; Oertmann § 226, 2.
73) Vgl. Kipp, Festgabe für Gierke, Bd. II, S. 11; Hölder, Allgem. Teil S. 455; Eltzbacher S. 84 ff. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte 2. Aufl. Halle 1926 S. 53 ff.

in Wahrheit ohne Recht [74]), oder, wie das französische Recht es ausdrückt, „le droit cesse où l'abus commence" [75]).

Das Wesen der Innentheorie wird besonders bei dem Eigentumsbegriff erkennbar. Nach deutschrechtlicher Auffassung ist das Eigentum auf das Gemeinwohl auszurichten, die Eigentumsschranke gehört demnach ebenso zum Inhalt des Rechts, wie die Pflichten, die dem Eigentümer obliegen [76]). Eine weitere Erwägung spricht gegen die Außen- und damit für die Innentheorie. Ist es denkbar, daß die Rechtsordnung auf der einen Seite ein Recht gewährt, seine Ausübung aber zugleich untersagt? Es ist doch kaum möglich, daß etwas zugleich Recht und Unrecht sein kann [77]). Auf unseren Fall übertragen: Bei mißbräuchlicher Rechtsausübung hätte nach der Außentheorie der Mann sein ungeschmälertes Entscheidungsrecht, aber zufolge der Ausübungsschranke dürfte er es nicht ausüben, und die Frau brauchte, trotz bestehenden Rechts, der Entscheidung nicht Folge zu leisten. Dieses Ergebnis kann nicht überzeugen.

Wir schließen uns daher der Innentheorie an. Inhalt und Schranke des Rechts bilden somit eine Einheit. Wenn die Rechtsordnung die Ausübung der Rechte regelt, so wird damit zugleich ihr Inhalt bestimmt [78]). Der Mann, der sein Entscheidungsrecht mißbräuchlich ausübt, handelt also in Wahrheit ohne Recht [79]). Wir kommen somit zu einer Relativität des Rechtsinhalts. Es ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig, ob eine Handlung Rechtsverwirklichung ist oder nicht [80]).

2. Auslegung des Mißbrauchsbegriffs nach herrschender Lehre.

Der Mann mißbraucht nach herrschender Lehre sein Recht der Bestimmung, wenn sein Verlangen mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbar ist [81]). Wann dies vorliegt, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Man muß hier die soziale Stellung der Ehegatten, ihre gesamten Lebens- und Erwerbsverhältnisse berücksichtigen [82]). Die Festsetzung des häuslichen Budgets z. B. kann nur nach diesen Grundsätzen beurteilt werden. Der Mann, der das Wirtschaftsgeld so bemißt, daß die Frau nicht im

74) Siebert a.a.O.
75) Planiol und Ripert Tr. élem. Bd. II S. 298.
76) Siebert a.a.O.
77) Endemann, Lehrb. I § 84 a; Planiol et Ripert Bd. II S. 298; Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 358 ff.
78) Eltzbacher S. 84 ff.; Hölder S. 455.
79) RGRK. § 1353, 3; Siebert im Nationalsoz. Handb. S. 966.
80) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 89.
81) RGRK § 1353, 3; Planck § 1353, 5; Staudinger § 1353.
82) Planck § 1353, 5; Staudinger § 1353.

Rahmen der Stellung des Mannes, insbesondere seiner Vermögens- und Erwerbsverhältnisse, den Haushalt führen kann, handelt mißbräuchlich.

Aber auch die gesamten persönlichen Verhältnisse der Ehegatten in körperlicher und geistiger Hinsicht sind für die Beurteilung der Frage, ob ein Mißbrauch des ehemännlichen Entscheidungsrechts vorliegt, maßgebend [83]). So handelt z. B. der Mann, der eine Badereise seiner Frau nicht gestattet, dann mißbräuchlich, wenn ihr Gesundheitszustand eine Erholung dringend erfordert und sich die Reise ohne große wirtschaftliche Opfer ermöglichen läßt.

Nicht nur die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten, auch das gesamte Verhalten im Hinblick auf das sittliche Wesen der Ehe ist für unsere Frage entscheidend [84]). Die Ehe als Schicksals- und Lebensgemeinschaft verlangt ein verantwortungsbewußtes Handeln des entscheidungsberechtigten Gatten. Demgemäß ist die Entscheidung mißbräuchlich, die ausschließlich im eigenen Interesse des Ehemannes oder gar aus Schikane getroffen wurde [85]). Ein Vater verlangt z. B. das bei seiner Mutter befindliche Kind gemäß §§ 1634, 1632 BGB heraus. Lebt die Mutter mit Recht vom Vater getrennt und will dieser mit seinem Herausgabeverlangen lediglich die Mutter kränken oder überwiegt wenigstens die Absicht, seine Frau zu schädigen, so handelt er mißbräuchlich [86]). Dasselbe muß gelten, wenn der Mann etwa aus bloßer Willkür handelt oder aus Gründen, die die Interessen der Familie gefährden. Würde die Mutter z. B. in obigem Falle durch die Trennung von ihrem Kind erheblich und dauernd gesundheitlich geschädigt, so handelte der Vater, wenn er auf seinem Herausgabeverlangen bestünde, mißbräuchlich [87]).

Diese Rechtsprechung ist besonders aus dem Wesen der Ehe zu erklären. Es widerspricht der engsten Lebensgemeinschaft der Gatten, wenn der Mann aus unsittlichen oder unlauteren Motiven sein Handeln bestimmt. Einer derartigen Entscheidung braucht die Frau keine Folge zu leisten, denn in diesem Falle handelt der Mann schon nicht mehr in Ausübung seines Entscheidungsrechts. Der Inhalt des Rechts ist relativiert durch die Absicht, in der es ausgeübt wird. Der Mann handelt in Wahrheit ohne Recht [88]).

Die Absicht, in der das Entscheidungsrecht ausgeübt wird, ist aber allein nicht ausschlaggebend. Auch eine Entscheidung, die nur

83) Staudinger a.a.O.
84) RGRK § 1353, 3; Staudinger a.a.O.
85) Reichel DJZ 1931, Sp. 1132.
86) JW 1917, 902, 6; JW 1915, 126, 6.
87) WarnRspr. 1912, S. 187.
88) Siebert a.a.O.

objektiv falsch ist, muß man als mißbräuchlich bezeichnen können. Angenommen, der Mann träfe eine Anordnung, die für die Konstitution der Frau schädlich ist. Er verlangte z. B., daß im Winter bei geöffnetem Fenster geschlafen wird. Selbst wenn der Mann nicht ohne weiteres erkennen könnte, daß diese Entscheidung für die Frau gesundheitsschädlich, also falsch ist, muß die Frau die Befugnis haben, dieser Entscheidung die Folge zu versagen.

Bei der Überlegung, ob ein Mißbrauch des ehemännlichen Entscheidungsrechts vorliegt, ist schließlich nicht allein das Verhalten des Mannes zu berücksichtigen. Man muß sich die zusätzliche Frage stellen: ist von der Frau zu erwarten, daß sie mit Rücksicht auf das Wesen der Ehe, die als engste Lebensgemeinschaft der Gatten von jedem Teil Opfer verlangt, dieser Entscheidung Folge leistet? Nur bei Verneinung dieser Frage liegt ein Rechtsmißbrauch vor[89]).

V. Zusammenfassende Darstellung.

Abschließend ist festzustellen, daß sich das Entscheidungsrecht des Mannes gemäß § 1354 BGB auf alle das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten bezieht[90]). Die Gestaltung der gesamten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebenshaltung ist also eine Angelegenheit des Mannes.

Aber auch im häuslichen Wirkungskreis hat der Mann die entscheidende Stimme. Obwohl das Gesetz der Frau die Leitung des Hauswesens eingeräumt hat, muß sie auch hier der Entscheidung des Mannes Folge leisten[91]).

Endlich hat der Vater in der tatsächlichen Personensorge, also bei den Fragen der Erziehung des Kindes und seiner Beaufsichtigung, sogar hinsichtlich seiner körperlichen Pflege und Ernährung, in dem früher näher dargelegten Sinne, die entscheidende Stimme.

B. EIN ENTSCHEIDUNGSRECHT DES MANNES NOCH ZEITGEMÄSS?

I. Auffassungen bei der Beratung des BGB.

Bereits bei den Beratungen zum BGB herrschte Streit darüber, ob das in den Entwürfen vorgesehene ehemännliche Entscheidungs-

89) So ist z. B. die Anordnung des Mannes, während seiner Anwesenheit das Radio nicht anzustellen oder sich nur in Hausschuhen zu bewegen, dann nicht mißbräuchlich, wenn der Mann andernfalls in seiner Arbeit gestört würde.

90) Vgl. S. 1 ff.

91) Vgl. S. 6 f.

recht beizubehalten sei. Im Reichstag wurde von verschiedenen Seiten der Antrag gestellt, das ehemännliche Entscheidungsrecht des § 1354 BGB zu streichen[92]). Zur Begründung wurde angeführt, eine Vormundschaft des Mannes sei nicht mehr angebracht, da die Frau heute eine ähnliche Stellung wie der Mann im Leben einnehme. Sie habe fast alle Gebiete erobert, sowohl in den Wissenschaften als auch in den technischen Berufen habe sich die Frau bewährt. Daher sei sie nicht nur geschäftskundiger und vorsichtiger, sondern auch charaktervoller und insbesondere selbständiger geworden. Für diese tatsächlichen Verhältnisse müsse ein neues Recht geschaffen werden.

Demgegenüber vertrat Planck[93]) die Auffassung, der Entwurf zum BGB habe schon alles getan, um die Stellung der Frau zu heben und zu bessern. In erster Linie käme aber nicht die Rücksicht auf die Selbständigkeit der Frau in Betracht, sondern man habe auch anderen berechtigten Interessen, den Interessen der Ehe, Rechnung zu tragen. Wer eine Ehe eingehe, müsse einen Teil seiner Selbständigkeit opfern. Die eheliche Gemeinschaft verlange eine gewisse Organisation. Die Entscheidung müsse in die Hand eines Gatten gelegt werden, da die Mehrheit nicht entscheiden könne. Es entspreche nicht nur der natürlichen Auffassung, sondern auch der deutschen und christlichen Anschauung, daß der Mann in Fragen des gemeinschaftlichen Lebens entscheide.

II. Gründe gegen das ehemännliche Entscheidungsrecht.

1. Die Frau im Erwerbsleben.

Da in neuerer Zeit immer wieder Vorschläge[94]) zur Beseitigung des ehemännlichen Entscheidungsrechts gemacht worden sind, soll im folgenden geprüft werden, was heute für und gegen das ehemännliche Entscheidungsrecht spricht. Seine Gegner berufen sich hauptsächlich auf die Entwicklung der Frau in den letzten Jahrzehnten und ihre heutige Stellung im Erwerbsleben.

Es ist richtig, daß die Frau aus dem wirtschaftlichen Leben nicht mehr wegzudenken ist. In ungeahntem Maße hat sie in allen Berufen Fuß gefaßt. Im Jahre 1933[95]) z. B. waren von der 33 433 000 Personen betragenden weiblichen Bevölkerung Deutschlands 11 566 700 erwerbstätig. Demgegenüber waren 21 055 400 Männer (bei einer Gesamtzahl von 32 086 400) in den Arbeitsprozeß ein-

92) Rickert, StenBer. S. 540; Bebel ebenda; Traeger, StenBer. S. 535 ff.
93) StenBer. S. 548 ff.
94) Vgl. u. a. Marianne Weber, Autorität und Autonomie in der Ehe S. 75; Dronke, Verhdl. des 36. Deutschen Juristentags Lübeck, herausgg. vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, I. Bd. (Gutachten) S. 592 ff.

geschaltet. Da die Anzahl aller Erwerbstätigen 32 622 100 betrug, waren somit über ein Drittel aller erwerbstätigen Personen Frauen.

Bei diesen Angaben sind allerdings nur hauptberuflich Erwerbstätige erfaßt. Nun ist bekannt, daß gerade Frauen häufig nebenberuflich tätig sind. Die Zeit, die sie bei der Sorge um ihre Familie noch erübrigen, benutzen sie häufig, besonders in Arbeiterkreisen, zu einer Tätigkeit als Stundenhilfe und dergl. Bei Berücksichtigung dieser Tatsachen kommt somit der Frau eine noch bedeutendere Stellung im Erwerbsleben zu[96]). Die Tätigkeit der Frau beschränkt sich nun keineswegs auf solche Arbeitsgebiete, die man als ihr besonders gelegen bezeichnen kann[97]), wie auf häusliche Dienste und Arbeiten in der Landwirtschaft[98]). Auch in der Industrie, im Handel und Verkehr ist eine große Anzahl von Frauen beschäftigt[99]). Im Mai 1937 entfielen auf 100 Industriearbeiter 25,1% Frauen. In manchen Industriezweigen überwiegen sogar die Frauen, z. B. in der Bekleidungsindustrie sind 69,4%, in der papierverarbeitenden Industrie 57,7%, in der Textilindustrie 56,5% und in der Spielwarenindustrie 56% der Beschäftigten Frauen. Der Anteil der Frauen an der Gefolgschaft in der Verbrauchsgüterindustrie betrug im ersten Halbjahr 1936 fast die Hälfte aller dort Beschäftigten, nämlich 49%[100]). Es ist auch keineswegs damit zu rechnen, daß die Berufsarbeit der Frauen in Zukunft eine rückläufige Tendenz aufweisen wird. Die Mitarbeit des weiblichen Geschlechts in einer ganzen Reihe von Berufen und Gewerbezweigen ist bei der heutigen Entwicklung eine Notwendigkeit[101]). Aus der Krankenkassenstatistik der Reichsanstalt für Arbeitsversicherung und Arbeitslosenvermittlung ergibt sich, daß sich die Zahl der weiblichen Beschäftigten seit Januar 1937 um rund 700 000 erhöht hat[102]), auch ist zu bedenken, daß seit dem 1. Oktober 1937 die Beschäftigungssperre für Frauen, die ein Ehestandsdarlehen erhalten haben, aufgehoben ist. Der Bedarf an weiblichen Arbeitskräften ist groß,

95) Stat. Jahrb. 1937, Internat. Übersichten S. 35.

96) Ursula Becker, Die Entwicklung des Frauenerwerbs seit der Jahrhundertwende, S. 34 ff.

97) Ebenso Alice Rilke, „Die Frau am Werk", Januar 1938; vgl. außerdem v. Brünneck, Deutsches Recht 1938, S. 96; Eggener, Deutsches Recht 1938, S. 92 ff.

98) Obwohl die Frauen naturgemäß auf diesen Gebieten stärker vertreten sind. Von 1 269 582 Erwerbspersonen in häuslichen Diensten entfallen 1 249 636 auf Frauen. In der Land- und Forstwirtschaft sind von 9 342 785 Erwerbspersonen 4 648 782 Frauen (Stat. Jahrb. 1936, S. 19).

99) vgl. Stat. Jahrbuch 1936, Intern. Übersichten S. 17 ff. Becker S. 52 ff.

100) Stat. Jahrb. 1937, Internationale Übersichten S. 37.

101) Danzer Claus, Deutsches Recht 1938, S. 109.

102) Alice Rilke, „Die Frau am Werk", Januar 1938.

denn die „Saugkraft" der Wirtschaft ist im Jahre 1937 noch stärker gewesen als im Vorjahre. Mit Rücksicht auf den Anteil der Frau am Erwerbsleben hat man zudem geltend gemacht[103]), das Entscheidungsrecht des Mannes sei insbesondere deshalb nicht mehr gerechtfertigt, weil Millionen Frauen zur Erhaltung ihrer Familie in materieller Hinsicht ebenso beitrügen wie die Männer. Sei aber der Mann infolge körperlicher Gebrechen oder Arbeitslosigkeit nicht imstande, seine Familie zu unterhalten, so werde oft der Hauptteil der ehelichen Lasten von der Frau bestritten, ein Vorrecht des Mannes entbehre also der inneren Berechtigung. Dieses Argument ist beachtlich und spricht für eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes.

Auch der Gesetzgeber trägt im Ehegesetz vom 6. Juli 1938 der bedeutenden Stellung der Frau im Erwerbsleben Rechnung. Während bisher die geschiedene Frau nur dann in eine Kürzung ihres Unterhaltes einwilligen mußte, wenn eine Erwerbstätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Gatten lebten, üblich war[104]), gilt heute der Grundsatz, daß für jede erwerbsfähige Frau auch eine Pflicht zur Arbeit besteht[105]). Demgemäß wurde die Unterhaltspflicht des allein oder überwiegend schuldigen Mannes um die Erträgnisse einer Erwerbstätigkeit der Frau, die von ihr den Umständen nach erwartet werden kann, vermindert[106]). Mit dieser Regelung erfährt die erwerbstätige Frau die ihr zukommende Würdigung, denn diese Bestimmung entspricht erst der Stellung, die ihr heute im Wirtschaftsleben wie überhaupt im sozialen Gefüge des Volkes zukommt[107]).

2. Entwicklung der Frau.

Dieser Anteil am Erwerbsleben war auch nicht ohne Einfluß auf den Charakter der Frau. Die Stellung im Berufsleben hat ihr einen weiteren Gesichtskreis vermittelt, ihr Beurteilungs- und Unterscheidungsvermögen geschärft. Mit dem erfolgreichen Tätigwerden auf bis dahin unbekannten Gebieten bekam die Frau ein größeres Selbstvertrauen, und der Wunsch, auch bisher nicht ge-

103) Bebel a.a.O.

104) § 1578 BGB.

105) Massfeller, Das neue Ehegesetz, Bem. zu § 66, 2. — Hierbei sprechen allerdings Gesichtspunkte, die in der Person der Frau liegen, wie Alter und Gesundheit, ihre Vorbildung, aber auch das Vorhandensein von Kindern eine entscheidende Rolle. (Anz, JW 38, 2069 ff.).

106) § 66, I, Ehegesetz. Außer den Einkünften aus dem Vermögen der Frau, die auch früher berücksichtigt wurden. (Näheres: Messer, Die Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehemannes, JW 38, 2793).

107) Freiin v. Erffa, Das neue Eherecht, amtl. Begr. zu § 66; Anz. a.a.O.; Massfeller a.a.O.

nützte Fähigkeiten zu verwerten, mußte sich in ihr regen [108]). Wenn auch diese Entwicklung nicht in allen Fällen zutrifft, so sind doch die Voraussetzungen dazu überall dort gegeben, wo die Frau in enger Beziehung zu ihrer Arbeit stand. Eines läßt sich aber von allen berufstätigen Frauen sagen: sie stehen dem Leben nicht mehr hilflos gegenüber. Selbst die Frau, deren Wirkungskreis auf die Familie beschränkt ist, hat eine beachtliche Entwicklung aufzuweisen. Das Zeitgeschehen der Kriegs- und Nachkriegszeit mit all seiner Schwere und der Fülle von Verantwortung ist nicht wirkungslos an ihr vorübergegangen, sodaß man sagen kann, auch die nicht berufstätige Frau hat eine bestimmte Beziehung zum Leben, sie steht nicht mehr neben, sondern mitten in ihrer Zeit.

Auch der Führer und Reichskanzler hat die Entwicklung der Frau anerkannt, als er auf dem Frauenkongreß des Reichsparteitages [109]) u. a. ausführte: „Wir sehen in der Frau die Lebens-, Arbeits- und Kampfgefährtin des Mannes." [110])

3. Gleichberechtigung.

Früher hat man insbesondere geltend gemacht, das ehemännliche Entscheidungsrecht widerspräche dem im Art. 119 RV niedergelegten Prinzip der „Gleichberechtigung der Geschlechter" [111]).

Um hierzu Stellung nehmen zu können, ist zunächst der Begriff „Gleichberechtigung" zu erklären. Besagt er, daß die Gatten rechtlich gleich gestellt werden, also Rechte identischen Inhalts haben sollen? An und für sich sollte man es annehmen; denn wenn in der deutschen Sprache das Wort „gleich" gebraucht wird, so soll damit gesagt sein, daß die in Beziehung zueinander gesetzten Personen oder Gegenstände inhaltlich dieselben Eigenschaften haben. Will man dagegen ausdrücken, daß die verglichenen Eigenschaften nur einen ähnlichen Inhalt haben, so muß ein einschränkender Zusatz hinzugefügt werden. Einer derartigen Auslegung des Begriffs „Gleichberechtigung" stehen jedoch Bedenken entgegen. Schon in den Verhandlungen der Nationalversammlung wurde ausgeführt, daß eine prinzipielle „Gleichmacherei" weder beabsichtigt sei noch herbei-

---

108) Mariannne Weber, Frauenfragen und Frauengedanken S. 67 ff.
109) Nürnberg 1935.
110) Vgl. Deutsches Recht vom 15. März 1938, Vorspruch. — Ähnlich auch Siber-v. Groote S. 21.
111) Vgl. etwa: Dronke, in Verhandl. des 26. Deutsch. Juristentags Lübeck, herausgg. vom Schriftführeramt der ständigen Deputation I. Bd. S. 592 ff.; Traeger, StenBer. z. II. Beratung eines Entwurfs z. BGB im Reichstag S. 535 ff.; Bebel, ebenda S . 540 ff.

geführt werden solle[112]). Aber nicht nur der Wille des Gesetzgebers, auch eine vernünftige Auslegung ergibt, daß dem Grundsatz der Gleichberechtigung Genüge getan ist, wenn den Ehegatten nicht identische, aber gleichwertige Rechte gegeben werden[113]). Wollte man die Gatten einfach gleich behandeln, so würde man die Verschiedenheit der Geschlechter nicht berücksichtigen. Den verschiedenartigen Aufgaben, die Mann und Frau gestellt sind, müssen auch entsprechende Rechte gegenüberstehen. Ein formal gleichmachender Standpunkt wäre sinnlos. Es ist daher der Formulierung Feines durchaus zuzustimmen, daß aus Art. 119 „nicht eine schematische Gleichstellung der Frau in der Ehe" folgen könne, „sondern nur ein suum cuique für jeden Gatten"[114]).

In dieser Weise aufgefaßt, hat die Forderung nach Gleichberechtigung auch heute noch Geltung. „Jedem das Seine", also auch der Frau die rechtliche Stellung, die ihr gebührt. Dieses Prinzip muß gerade heute, da die bedeutende Stellung der Frau im Leben des Volkes anerkannt ist, als Richtschnur dienen.

Zur Begründung der Ansicht, das ehemännliche Entscheidungsrecht widerspreche dem Grundsatz der Gleichberechtigung, hat man ausgeführt, der alte patriarchalische Gedanke sei im BGB bei der äußeren Gestaltung des ehelichen Lebens und der elterlichen Gewalt beibehalten worden[115]). Das BGB gehe von einer herrschaftlichen Organisation aus. Das Prinzip der Gleichberechtigung verlange aber eine gleichmäßige Verteilung von Rechten und Pflichten n a c h g e n o s s e n s c h a f t l i c h e m V o r b i l d[116]).

---

112) Dr. Waldstein in Verhandl. der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung Bd. 328, S. 2126.

113) Reichel DJZ 1931, Sp. 1131; Th. Kipp, Verhdl. des 33. Deutschen Juristentags S. 345.

114) Feine, a.a.O., Sp. 334.

115) §§ 1354, 1356, 1634 BGB. — Vgl. hierzu Marianne Weber a.a.O. S. 67 ff.

116) In der ältesten Zeit sind die Beziehungen der Gatten zueinander durch die Muntherrschaft des Mannes über die Frau gekennzeichnet. (Planitz, Grundzüge des Deutschen Privatrechts Berl. 1925 S. 123 ff. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts Leipz. 1930 S. 657). Der Mann vertritt seine Frau nach außen und haftet für ihre Delikte. Er hat ausschließliche Rechte an seiner Frau, er darf sie züchtigen, verstoßen, verkaufen, ja, bei schweren Eheverfehlungen seitens der Frau z. B. Lebensnachstellung und Ehebruch kann der Mann seine Frau töten. (Hübner, a.a.O. Marianne Weber, Frauenfragen und Frauengedanken S. 67, Bartsch, die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter Einl. S. 10). Im Übrigen genießt die Frau dem Manne gegenüber nur insofern und insoweit einen Schutz, als ihre Sippe für sie einsteht. — Im Zuge der Entwicklung festigt sich die Rechtsstellung der Frau. In spätfränkischer Zeit erhält die Frau nach einem allerdings erheblichen Rückschlag, ein ausschließliches Recht an der Person des Mannes. (Planitz a.a.O. Bartsch a.a.O.) Außereheliche Geschlechtsverbindungen des Mannes bedeuten im Gegensatz zu früher jetzt Ehebruch. Der Mann behält

Dieser Einwand ist m. E. berechtigt. Die Ausgestaltung des ehemännlichen Entscheidungsrechts im Familienrecht zeigt, daß der Mann ohne Rücksicht auf die Art der Materie die führende Stellung inne hat. Nicht nur bei Fragen der Gestaltung des täglichen Lebens, sondern auch in Angelegenheiten des Haushalts, deren Bestimmung doch sicher der Frau zukäme, legt das Gesetz die Entscheidung in die Hand des Mannes. Der Grundsatz der Gleichberechtigung verlangt aber, daß der Frau in den Gebieten, die man von Natur aus als ihre Angelegenheit ansehen kann, eine ihrer Würde entsprechende Stellung eingeräumt wird. Zudem darf die Ehe nicht von dem Grundsatz der Über- und Unterordnung maßgebend beherrscht werden. Nach der Idee der Genossenschaft sollen vielmehr die Gatten, jeder nach seiner Bestimmung, zur Lösung der ihnen gestellten Aufgaben beitragen.

Wie könnte nun eine rechtliche Besserstellung der Frau nach diesen Gesichtspunkten herbeigeführt werden?

C. WEGE ZUR BESSERSTELLUNG DER EHEFRAU.

I. Einige Reformvorschläge und ihre Mängel.

1. Freie Vereinbarung der Ehegatten.

Zur Lösung dieser Frage hat man vorgeschlagen, an Stelle der einseitigen Entscheidung des Ehemannes eine freie Vereinbarung der Gatten einzuführen. Es fehle jede Notwendigkeit und jedes praktische Bedürfnis für ein gesetzlich geregeltes Entscheidungsrecht. Die Dinge regelten sich, wie sie sich regeln müßten [117]). Über alle Fragen des täglichen Lebens [118]), aber auch der Kindererziehung [119]) sollen die Ehegatten also nach Vereinbarung gemeinsam entscheiden [120]). Zur Zusammenarbeit gezwungen, bliebe den

---

zwar die Munt über seine Frau (Hübner a.a.O. Bartsch a.a.O.) die Frau wird aber zur Genossin des Mannes. Sie erwirbt sein Stammesrecht, tritt in seinen Stand. Die Ehe begründet im Gegensatz zu früher ein Verwandtschaftsverhältnis. Obwohl dem Mann also auch in der ehelichen Genossenschaft die führende Stellung zukommt, hat die Frau in personenrechtlicher Beziehung auch ihre Rechte. (Planitz a.a.O.). — Im Hause hatte sie schon früher eine übergeordnete Stellung. Sie ist Herrin im häuslichen Bereich und verwaltet die Schlüssel. Der Gedanke der ehelichen Genossenschaft wird besonders durch die Entwicklung der Gütergemeinschaftsformen betont, Ähnlich wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft wird das gemeinsam Erworbene Eigentum der ehelichen Genossenschaft (insbes. Planitz a.a.O.).

117) Rickert a.a.O. S. 540.

118) Für die §§ 1354 u. 1356 BGB Wieruszowski S. 85, Dronke S. 592 ff.

119) Dronke S. 592 ff.

120) So haben z. B. Norwegen und Schweden (11. Juni 1920) die Ehegatten gleichgestellt.

Gatten nun nichts weiter übrig, als mit allen Mitteln zu einer Verständigung zu gelangen [121]). Dieses sei die beste Gewähr für eine fruchtbare Lösung aller Fragen.

Hier taucht die Frage auf, was in den Fällen geschehen soll, in denen sich die Gatten nicht einigen können. Es ist durchaus denkbar, daß beim besten Willen zur Verständigung verschiedene Auffassungen bestehen, die durch Unterschiede des Charakters bedingt sein können. Jede Meinung kann eine gewisse Berechtigung haben, und man gelangt zu keiner Verständigung, weil von verschiedenen Ausgangspunkten an die Streitfrage herangegangen wird. Hier ist nur an die Berufswahl eines Sohnes zu erinnern. Der Vater läßt sich in dieser Frage vielleicht von Nützlichkeitserwägungen leiten und hält den Beruf für richtig, der gute Aussichten bietet, während die Mutter oft die Neigungen für allein maßgebend hält, seien es auch künstlerische, für die der Vater vielleicht weniger Verständnis aufbringt. Was soll nun geschehen? Hier muß gehandelt werden, zum Unterschied von vielen Fragen des täglichen Lebens, bei denen mangels Einigung die Erledigung der Angelegenheit unterbleiben kann.

Man hat eingewandt, in Streitfällen gebe doch die stärkere Persönlichkeit den Ausschlag [122]), sodaß der obige Fall keine praktische Bedeutung habe. Das mag für unwichtigere Fragen berechtigt sein. Um einen Streit zu vermeiden, wird ein Teil gerne nachgeben, aber ich könnte mir denken, daß bei entscheidenden Fragen jeder Teil für seine Überzeugung kämpft und nicht „um des lieben Friedens willen" die Waffen streckt.

Auch der prinzipielle Einwand, der gegen eine gesetzliche Regelung des Entscheidungsrechts geltend gemacht wird, es sei überhaupt unmöglich, das Verhältnis von Mann zu Frau unter eine feste Formel zu bringen [123]), ist m. E. nicht stichhaltig. Zur Begründung dieses Einwandes hat man ausgeführt, jede gesetzliche Festlegung des Entscheidungsrechts beruhe auf einer Überschätzung des Machtbereits des Gesetzes, denn der Wille zur Verständigung allein sei maßgebend.

Gewiß ist der Wille zur Verständigung in der Ehe überaus wichtig, aber selbst wenn er vorhaden ist, wird es oft, wie bereits ausgeführt, zu keinem übereinstimmenden Entschluß kommen. M. E. muß daher für alle Fälle, in denen keine Einigung erzielt werden kann, ein Entscheidungsrecht festgelegt werden. Gewiß kann die fragliche Angelegenheit mangels Einigung oft unterbleiben, etwa

121) Wieruszowski S. 85.
122) Dronke S. 592 ff.
123) Bericht d. Reichstagskommission über d. Entw. eines BGB und EG S. 123 ff.

eine geplante Reise oder eine Anschaffung. Aber was soll geschehen, wenn unbedingt gehandelt werden muß, z. B. im Krankheitsfalle des Kindes können sich die Eltern nicht darüber einigen, welcher Arzt aufzusuchen ist. Für solche Fälle ist es zweckmäßiger, genau festzulegen, wem die Entscheidung der Angelegenheit obliegt[124]), als es darauf ankommen zu lassen, welcher Teil seinen Willen durchsetzt. Solche „Machtproben" sind gerade im Interesse der Ehe zu vermeiden. Der Wert eines gesetzlich festgelegten Entscheidungsrechts kann nun nicht aus dem Grunde angezweifelt werden, weil Fälle denkbar sind, in denen sich die Gatten nicht an die gesetzliche Bestimmung halten. Verzichtet der entscheidungsberechtigte Gatte auf die Ausübung seines Rechts, so ist dies seine Sache. Wird aber sein Recht verletzt, so steht ihm nun der Rechtsweg offen. Wir kommen also mit dem Vorschlag, der eine freie Vereinbarung der Gatten zum Gegenstand hat, nicht zum Ziel.

2. Entscheidung des Vormundschaftsrichters.

In diesem Zusammenhang ist ein anderer Vorschlag zu erörtern, der die Entscheidung in Streitfällen bei im übrigen freier Einigung der Gatten einer Eheobrigkeit, dem Vormundschaftsgericht, geben will[125]). Diesen Weg hat auch der Gesetzgeber im § 3 des Ehegesetzes vom 6. Juli 1938 beschritten. Diese Bestimmung verlangt die Einwilligung der Mutter zur Heirat eines Minderjährigen neben der bereits erforderlichen Einwilligung des Vaters. Können sich die Eltern über die Heiratserlaubnis nicht einigen, verweigert also ein Teil die Erlaubnis ohne triftigen Grund, so kann der Vormundschaftsrichter die Einwilligung auf Antrag eines Verlobten ersetzen.

Es erscheint fraglich, ob diese für einen Ausnahmefall getroffene Regelung generelle Anwendbarkeit verdient. Soll also, wenn die Eltern sich nicht einigen, in Zukunft der Vormundschaftsrichter statt des Ehegatten entscheiden?

Der Gesetzgeber sieht die Mitwirkung des Vormundschaftsrichters für einen Fall vor, in dem der Staat ein besonderes Interesse an der Entscheidung hat. Ob eine Eheschließung zustande kommt oder unterbleibt, ist nicht nur eine Frage, die die Familie betrifft, es ist eine Angelegenheit der Gemeinschaft, des Staates schlechthin[126]). Verweigert bei einer derart wichtigen Entscheidung nun ein Teil ohne triftigen Grund seine Einwillgung, so will der Staat

124) Mitteis S. 33.
125) Für den Fall des § 1634 vorgeschlagen: Eben-Servaes, Deutsches Recht 1938, S. 90 u. a.
126) Siebert, Nationalsoz. Handb. f. Recht und Gesetzgebung S. 958.

sich das Recht vorbehalten, durch Mitwirkung des Vormundschaftsrichters die Gestaltung dieser Frage nicht nur im Interesse der Familie, sondern auch der Allgemeinheit, herbeizuführen.

Für diese Erwägungen ist aber in den Fällen, in denen Fragen der Haushaltführung (§ 1356 BGB) oder der äußeren Lebenshaltung (§ 1354 BGB) entschieden werden sollen, kein Raum. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um Angelegenheiten der betreffenden Familie. Es fragt sich allerdings, was hinsichtlich der in § 1634 BGB geregelten Personensorge der Mutter gelten soll. Zwar ist der Staat an der Entwicklung der Jugend hervorragend interessiert. Es ist jedoch zu bedenken, daß in erster Linie die Familie dazu berufen ist, die Kinder zu erziehen. Der Staat verfolgt seine Interessen auf diesem Gebiet durch seine eigenen Einrichtungen wie Schule und Staatsjugend [127]), und überläßt im übrigen der Familie die Lösung dieser Aufgabe [128]), zudem handelt es sich hier um im Verhältnis minder wichtige Fragen, sodaß man selbst im Falle des § 1634 BGB sagen kann, dies ist in erster Linie eine Angelegenheit der Familie.

Auch wenn wir von der Behauptung absehen, der Vormundschaftsrichter werde von einigen übermäßig oft in Anspruch genommen, während andere aus verständlichen Gründen sich nicht an ihn wendeten und daher der erstrebte Erfolg nur in wenigen Fällen erreicht werde [129]), so besteht dennoch ein beachtlicher Einwand. Der Vormundschaftsrichter ist Außenstehender. Wäre es zweckmäßig, ihm die Entscheidung in Angelegenheiten zu übertragen, die meist einen rein familiären Charakter haben? Vermag er die Angelegenheiten einer ihm vielleicht fremden Familie auch nur annähernd richtig zu beurteilen? [130]) Selbst wenn ihm der Streitstoff so vollständig wie möglich vorgetragen würde, so gehörte doch ein außerordentliches Einfühlungs- und Beurteilungsvermögen, man kann fast sagen, ein Übermenschentum zu einer sinnvollen Ausübung dieses Richteramtes. Diese Voraussetzungen werden häufig nicht gegeben sein. Liegt es da nicht eher im Interesse der Familie, keine dritte außenstehende Instanz anzurufen, als vielleicht eine unzulängliche? Es ist wohl anzunehmen, daß ein Ehegatte, der mit den Verhältnissen der Familie vertraut ist, besser als ein Fremder beurteilen kann, was im Interesse der Familie liegt. Auch wird er grundsätzlich die Entscheidung zum Besten der Familie fällen.

Bei der Erteilung der Heiratserlaubnis bestehen diese Bedenken nicht in dem Maße. Hier vermag oft ein Außenstehender die Sachlage richtiger zu beurteilen. Die Tatsache, daß der Vormundschafts-

127) Freisler, Ehescheidungsrecht S. 6.
128) Vgl. auch Müller, Elterl. Gewalt und Vormundschaft S. 2.
129) Müller, Elterl. Gewalt und Vormundschaft S. 6.
130) Mitteis S. 33.

richter Dritter, Unbeteiligter ist, daß er Abstand hat, kann hier gerade sehr nützlich sein. Läßt sich ein Elternteil evtl. durch Standesunterschiede oder die Vermögensverhältnisse in seiner Entscheidung beeinflussen, so werden diese Tatsachen bei der unbeteiligten Instanz des Vormundschaftsrichters nicht das Gewicht haben.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, obwohl der Gesetzgeber im § 3 des Ehegesetzes die Anrufung des Vormundschaftsrichters in einem Streitfalle eingeführt hat, bestehen gegen eine generelle Anwendbarkeit dieser Regelung Bedenken.

3. Entscheidung nach sachlicher Zuständigkeit.

Zuletzt sei noch ein anderer Vorschlag zur Besserstellung der Frau erwähnt. Es wäre denkbar, das Entscheidungsrecht zwischen den Gatten in der Art zu verteilen, daß jedem nach seiner sachlichen Zuständigkeit ein bestimmter Bereich zugewiesen würde[131]). Es gibt Fragen, in denen der eine Gatte bewanderter ist als der andere. So müßte eine Ressortteilung im Gegensatz zum geltenden Recht dazu führen, der Frau die Angelegenheiten des häuslichen Wirkungskreises des § 1356 und die meisten des § 1354 BGB zur Entscheidung zu überlassen. Allein die Schwierigkeit dieser Lösung liegt in der Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit. Man kann wohl sagen, daß es Dinge gibt, die im allgemeinen der Frau mehr liegen und daß daher ihr die Entscheidung dieser Fragen zukäme, das Gleiche hat auch für den Mann zu gelten. Aber was soll in den vielen Fällen geschehen, in denen Mann und Frau gleich kompetent sind?[132]) Hier müßte schon eine schematische Abgrenzung erfolgen, die den Verhältnissen der einzelnen Ehe nicht gerecht würde. Von einer generellen Aufteilung der Sachgebiete ist daher abzusehen.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß die Reformvorschläge, wie freie Vereinbarung der Gatten, Entscheidung des Vormundschaftsrichters oder Teilung der Ressorts, abzulehnen sind, da die gegen sie erhobenen Bedenken überwiegen. Gegenüber diesen Vorschlägen kann man das bestehende ehemännliche Entscheidungsrecht immer noch als das „kleinere Übel"[133]) bezeichnen. Etwas besseres hat man bisher noch nicht vorgeschlagen[134]). Es ist daher die bisherige gesetzliche Regelung beizubehalten, und zu versuchen, der Ehefrau durch Auslegung des Gesetzes die Rechts-

131) Erörtert bei Dronke S. 592 ff.

132) z. B. in vielen Fragen des tägl. Lebens, etwa, ob und wohin eine Ferienreise zu unternehmen ist.

133) Mitteis, S. 33, im Zusammenhang mit dem Vorschlag, den Vormundschaftsrichter entscheiden zu lassen.

134) Reichel DJZ 1931, Sp. 1132.

stellung einzuräumen, die ihr nach heutiger Auffassung von Frauen- und Mutterwürde und vom Wesen der Ehe unter Berücksichtigung der Verschiedenheiten der Geschlechter zukommt.

II. Das Verhältnis der Ehegatten nach heutiger Rechtsanschauung.

1. Ablehnung einer „eheherrlichen Gewalt".

Zunächst muß die Stellung der Frau in der Ehe nach heutigem Rechtsempfinden anders aufgefaßt werden. Obwohl dem Manne die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht, darf das Verhältnis nicht so verstanden werden, als ob der Mann nun der befehlende, die Frau der gehorchende Teil wäre. Einer Mundialgewalt im Sinne des alten deutschen Rechts widerspräche schon die Stellung der Frau hinsichtlich ihrer Geschäfts- und Prozeßfähigkeit. Zudem wäre eine derartige Abhängigkeit mit heutigem Rechtsempfinden unvereinbar[135]). Es ist daher Cosack[613]) nicht zuzustimmen, wenn er für das BGB die Meinung vertritt, daß dank der dem Ehemann zustehenden eheherrlichen Gewalt seine Entscheidung vorgehe und „die Ehefrau einfach zu gehorchen habe"[137]). Cosack gibt selbst zu, daß diese Regelung „ganz im Geiste des Mittelalters" gedacht sei, berücksichtigt aber nicht, daß das ehemännliche Entscheidungsrecht nach moderner Rechtsanschauung anders aufgefaßt werden muß. Schon vor dem Umbruch von 1933 galt diese Wertung des Verhältnisses der Gatten zueinander nicht mehr; vollends nach heutigem Rechtsempfinden ist diese Ansicht überholt.

Im folgenden soll versucht werden, das Verhältnis der Gatten zueinander nach nationalsozialistischer Rechtsanschauung aufzuzeigen.

2. Gemeinschaftsidee im Eherecht.

Im Mittelpunkt der nationalsozialistischen Rechtspolitik steht die Gesamtheit[138]). Der Gemeinschaftsgedanke ist demnach der alles beherrschende Gestaltungsgrundsatz[139]). Die Idee der Gemeinschaft als einer Bestätigung der nationalsozialistischen Weltanschauung muß gerade im Familienrecht am stärksten zur Geltung kommen. Zunächst sind nach diesem Prinzip die Ehegatten als Einheit

135) Marchtaler S. 89.
136) Cosack-Mitteis § 44, II.
137) Ebenso Joerges S. 57.
138) Frank, Grundsätze des nationalsoz. Rechtsdenkens und Wollens im Handb. S. 4.
139) Frank a.a.O. S. 955.

aufzufassen[140]). Bereits im älteren deutschen Recht erschien das Ehepaar als Personenvereinigung, die nach außen als Einheit, als Genossenschaft auftrat, in der aber der Mann die führende Stellung hatte. Jedoch kamen auch der Frau kraft ihrer Hausleitungsgewalt Rechte zu[141]). Diese Gedanken dürfen bei der heutigen Auffassung der Ehe nicht unberücksichtigt bleiben[142]).

In der Einheit der Gatten wird die Ergänzungsbedürftigkeit und Einseitigkeit des Einzelnen zum Ausgleich gebracht[143]). So erhebt der Einzelne sich über sich selbst, er denkt und handelt nur als Glied der Gemeinschaft. Die Individualsphäre des Mannes und der Frau geht insoweit in der gemeinschaftlichen Sphäre auf, durch sie wird sie bestimmt und begrenzt[144]). Es darf kein eigennütziges Gegeneinander, sondern nur eine Einheit bestehen[145]). Mann und Frau wirken wie Genossen zur Erfüllung der ihnen gestellten Aufgaben zusammen. So führt der nationalsozialistische Gemeinschaftsgedanke zur inneren Einheit. Der Kampf „hie Mann, dort Weib" wird abgelöst durch die Erkenntnis, daß jeder, gleich welchen Geschlechts, nach seiner besonderen Art, die Aufgaben zu erfüllen hat, die ihm gestellt sind[146]).

Aber nicht nur die Ehegatten als solche sind nach dieser Anschauung als Einheit, als Gemeinschaft aufzufassen[147]), sondern es ist darüber hinaus zu bedenken, daß die Familie nur eine kleine Gemeinschaft in einer größeren darstellt. Die Interessen der Familiengemeinschaft sind also aus der Stellung der Familie in der Volksgemeinschaft zu erfassen[148]). Die das Staatswesen als Gemeinschaft beherrschenden Ideen können also auch auf die Familiengemeinschaft, insbesondere die Ehe, übertragen werden. Allerdings sind die durch das Wesen der Ehe bedingten Verschiedenheiten besonders zu berücksichtigen.

---

140) Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürg. Recht S. 28 ff. Bechert, Deutsche Rechtsentwicklung und Rechtserneuerung im Handb. S. 65; Joerges S. 57. — Steuerrechtlich z. B. gelten die Ehegatten in mancher Beziehung als Einheit (vgl. Dellbrück, Die Familie als Rechtsgemeinschaft im Steuerrecht. JW 38, 2511).

141) Gierke, Genossenschaftsrecht S. 931 ff.; vgl. auch oben S. 20 f.

142) Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs z. B. beruht auf dem Gedanken, daß die Gatten Genossen sind in der ehelichen Gemeinschaft. (Vgl. A. Egger, Komm. z. Schweiz. Zivilgesetzbuch II. Bd. Familienrecht 1. Abtlg. Eherecht 2. Aufl. 36).

143) Lange a.a.O. S. 28 ff.; Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft, S. 1 ff.

144) Waldecker a.a.O. S. 3.

145) Siebert, Volksgemeinschaft im bürg. Recht im Handb. S. 955; Bechert a.a.O. S. 65.

146) Siber-v. Groote S. 32.

147) Bechert a.a.O.

148) Siebert a.a.O. S. 958.

3. Führerprinzip in der Ehe.

a) Vergleich mit dem Führerprinzip im Staat.

Der Führer trägt die Verantwortung für seine Gefolgschaft [149]), ihm obliegt vor allem die Fürsorge für diejenigen, die ihm auf Gedeih und Verderb verbunden sind. Ein Führer steht in der Gemeinschaft, erst aus ihr leitet er die Befugnis her, Befehle zu geben. Hier zeigt sich der Unterschied zwischen der alleinigen Entscheidung des monokratischen Systems und dem Führerbefehl [149a]). Die Einmannentscheidung ist nur eine Art der Willensbildung, während der Führerbefehl aus der Gemeinschaft erwächst und ihr zu dienen hat.

Ebenso wie der Führergedanke für den Staat proklamiert und durchgeführt wurde, wie er im Recht der Gemeinde Verwirklichung fand, soll er auch in der Familie, als dem kleinsten Gemeinwesen, der kleinsten Zelle des Staates, im übertragenen Sinne angewendet werden. Eine von echtem Gemeinschaftssinn erfüllte Personenvereinigung erträgt es nicht, wenn keine einheitliche Willensbildung erfolgen kann. Sie will auch in dieser Hinsicht ihre Einheit zum Ausdruck bringen [150]). Daher kommen wir zu der engen Beziehung zwischen Gemeinschaft und Führerprinzip [151]).

Die Grundsätze, die für die Durchführung des Führerprinzips im Staat, insbesondere in der Gemeinde gelten, können zur Charakterisierung der Stellung der Gatten in der Familie herangezogen werden [152]). Nach dem geltenden Recht des BGB kann die führende Stellung in der Familiengemeinschaft nur dem Ehemann zukommen. Allerdings ist hierbei zu bemerken, daß die Pflichten, die z. B. einem Bürgermeister als Führer der Gemeinde obliegen, in verstärktem Maße von einem Ehemann wahrzunehmen sind. Gerade die Ehe als engste Lebensgemeinschaft der Gatten stellt besonders hohe Anforderungen an das Pflichtbewußtsein des Entscheidungsberechtigten.

149) Kier, NS Handb. S. 39.
149a) Vgl. Reinhard Höhn in NS Handb. S. 71 ff.
150) Siebert a.a.O. S. 959.
151) Auf die Tatsache, daß die Idee der Gemeinschaft keineswegs das Prinzip der Über- und Unterordnung, also der Herrschaft eines Einzelnen ausschließt, weist insbesondere Waldecker (S. 2) hin. Man kann sogar sagen, daß ohne wahre Gemeinschaft keine Verwirklichung des Führerprinzips möglich ist.
152) Vgl. dazu Müller, Elterliche Gewalt und Vormundschaft S. 6. — Auch das Bild des Führers der Gefolgschaft einer Betriebsgemeinschaft kann zur Veranschaulichung dienen.

b) Pflichten des Mannes als Führer, der Frau als seiner Beraterin.

Die Entscheidung des Mannes muß stets von der Sorge um das Wohl der Familie getragen sein. Eigennützige Gesichtspunkte haben auszuscheiden, denn der Mann als Führer ist dienendes Glied einer höheren Ordnung, der Familiengemeinschaft. Sein Entscheidungsrecht ist daher keineswegs frei, er ist in seiner Entschließung an die Belange der Familie gebunden, man könnte ihn als Treuhänder bezeichnen. Die Befugnis des Mannes ist also kein egoistisches Herrenrecht, sondern ein verantwortungsbeschwertes, pflichtgebundenes Recht, im Interesse der Gemeinschaft zu handeln[153]).

Unbedingte Pflicht des Ehemannes ist es, wichtige Angelegenheiten vor der Entscheidung mit seiner Frau zu beraten[154]). Der Mann darf also keineswegs eine Entschließung treffen, ohne sich mit der Frau genau besprochen zu haben[155]). Kommt jedoch keine Einigung zustande, so gibt die Stimme des Mannes den Ausschlag. Die Entscheidung stellt also die ultima ratio dar. Erst wenn alle Verständigungsversuche gescheitert sind, darf der Mann bestimmen[156]).

Man hat gegen das Entscheidungsrecht des Mannes geltend gemacht, die Frau könne ihre Fähigkeiten nie völlig entwickeln, da sie ihre Kräfte nie zu eigenverantwortlicher Entscheidung zu nutzen vermöge. Der Gedanke, alle Kämpfe um eine Entscheidung seien nutzlos, da die Meinung des Mannes ja doch letzten Endes den Ausschlag gebe, veranlasse die Frau oft, dem Manne bedingungslos die Entscheidung zu überlassen. So müßten ihre Fähigkeiten verkümmern[157]). Dieser Einwand mag früher seine Berechtigung gehabt haben, heute ist ihm der Boden entzogen. Die Ehefrau hat heute, bei Berücksichtigung der dargelegten Grundsätze, die Rolle einer verantwortlichen Beraterin des Mannes. Sie darf keineswegs das Gefühl aufkommen lassen, ihre Arbeit und Beratung sei nutzlos, denn ihre Ansicht ist in Wahrheit überaus wertvoll für den Mann. Gerade da er allein entscheidet, muß ihm besonders daran gelegen sein, das Für und Wider einer Angelegenheit zu erörtern[158]). Selbst wenn seine Auffassung nicht geteilt wird, so ist eine

153) Mitteis S. 33.
154) Vgl. dazu § 55 DGO.
155) Marchtaler S. 91 ff.; Mitteis S. 33.
156) Mitteis S. 33.
157) Marianne Weber, Eheideal und Eherecht, in Frauenfragen und Frauengedanken S. 144.
158) Vgl. hierzu Kerrl-Weidemann, Erl. 4 zu § 56 DGO über den Wert der Arbeit des Gemeinderats für den Bürgermeister.

begründete und gut durchdachte ablehnende Meinung für den Mann mehr wert als eine unüberlegte Zustimmung. Die Frau ist sogar verpflichtet, eine ablehnende Meinung darzutun [159]).

Hieraus ergibt sich für die Frau die Aufgabe, die Beratung des Mannes auch wirklich ernst zu nehmen, denn für eine ordnungsgemäße Mitarbeit trägt sie volle Verantwortung. Sie muß, falls sie sich der Meinung des Mannes nicht anschließen kann, für ihre Überzeugung eintreten, d. h. versuchen, den Mann von der Richtigkeit ihrer Auffassung zu überzeugen. Streckt sie aber die Waffen in dem Gefühl, ihre Bemühungen seien doch nutzlos, so erfüllt sie damit in keiner Weise die Pflichten, die ihr durch die Ehe auferlegt werden. Aus dieser überaus wichtigen Funktion der Frau als verantwortlicher Beraterin ihres Mannes ergibt sich außerdem für sie die Aufgabe, nicht nur ihre weiblichen, sondern ihre allgemein menschlichen Qualitäten und Fähigkeiten zur Entfaltung zu bringen. Nur dann, wenn die Frau auch in dieser Hinsicht ständig um ihre Entwicklung und Weiterbildung bestrebt ist, vermag sie dem Mann die Hilfe zu sein, die er von seiner Gattin erwarten kann [160]).

Der Mann als willensbildender Faktor der Familie hat aber nicht nur die Pflicht, sich vor der Entscheidung mit seiner Frau zu beraten, er muß die Ansicht der Frau, obwohl sie ihn nicht bindet, achten. Ähnlich wie der Bürgermeister einer Gemeinde [161]), gerade weil keine Abstimmungen stattfinden, dem verantwortungsbewußten Urteil des Gemeinderats um so mehr Gewicht beilegen muß, als es auf die Güte der Gründe und das Gewicht der Persönlichkeit ankommt und nicht, wie bei einer Abstimmung, allein auf die Zahl der Mitwirkenden, hat auch der Ehemann den Rat seiner Frau zu werten. Handelt es sich um Fragen, die die Frau kraft ihrer Sachkenntnis besser beurteilen kann als der Mann, wie Angelegenheiten der Kinderpflege und -fürsorge, so muß der Mann die vorgetragenen Einwände besonders sorgfältig gegen seine Gründe abwägen. Soll jedoch über eine Angelegenheit beraten werden, über die die Frau nicht orientiert ist, so hat der Mann sie vor der Besprechung gehörig zu informieren [162]).

Handelt es sich z. B. darum, daß das Kind einen Erholungsaufenthalt haben soll, und hat der Vater mit dem Arzt darüber Rücksprache genommen, welche Vorteile eine Fahrt zur See, welche ein Aufenthalt im Gebirge für die Konstitution des Kindes bedeu-

159) Vgl. Kerrl-Weidemann, Erl. 5 zu § 57 DGO Pflicht des Gemeinderats, eine abweichende Meinung darzutun.

160) Marianne Weber, Frauenfragen und Frauengedanken S. 146; Siber-v. Groote S. 21.

161) Vgl. dazu Kerrl-Weidemann, Erl. 4 zu § 56 DGO.

162) Kerrl-Weidemann a.a.O. S. 611 über die Pflicht, Unterlagen zur Meinungsbildung zu geben.

ten, so muß er vor der Entscheidung die Mutter genauestens über die Meinung des Arztes unterrichten.

Es läßt sich somit klar ersehen, wie wichtig die Stellung der Frau neben dem Manne ist. Man kann sie bei einer Entscheidung schlechterdings nicht ausschalten. Die Frau hat also einen fest umrissenen, überaus wichtigen und verantwortungsvollen Aufgabenkreis in der Familiengemeinschaft.

III. Auslegung des Mißbrauchsbegriffs.

1. Verletzung der Führerpflichten.

Verletzt der Mann die ihm als Führer der Ehegemeinschaft auferlegten Pflichten, so handelt er mißbräuchlich und die Frau ist nicht verpflichtet, seiner Entscheidung Folge zu leisten [163]). Handelt der Mann etwa im eigenen Interesse, ohne das Wohl seiner Familie zu berücksichtigen [164]) oder macht er von der Pflicht, sich vor der Entscheidung mit seiner Frau zu beraten und ihre Meinung zu hören, keinen Gebrauch, so liegt ein Rechtsmißbrauch [165]) vor.

Im Einzelfalle können allerdings besondere Umstände ein abweichendes Verhalten des Mannes rechtfertigen. Ist Gefahr im Verzuge und daher schnelles Handeln geboten, so muß man nach Treu und Glauben von der Frau erwarten, daß sie der Entscheidung Folge leistet, auch wenn sie nicht gehört wurde. In einem solchen Falle kann man nicht von einem mißbräuchlichen Handeln des Mannes sprechen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Führerpflichten des Ehemannes durchaus ernst aufzufassen sind, es sind nicht nur höfliche Gesten, sondern Rechtspflichten, ihre Verletzung bewirkt, daß die Entscheidung des Mannes der rechtlichen Grundlage entbehrt.

2. Mißbrauch bei Entscheidung in häuslichen Angelegenheiten, §§ 1354, 1356 BGB.

Im folgenden soll gezeigt werden, wann nach heutiger Anschauung, über die bisher behandelten Fälle hinaus, ein Mißbrauch des ehemännlichen Entscheidungsrechts im Bereich der §§ 1354, 1356 BGB vorliegt. Der Mann bestimmt beispielsweise, in welcher Art die Frau die Zimmer zu reinigen hat. Es handelt sich hier an und für sich um das Recht des Mannes, der Frau auch bei der Leitung des Hauswesens Anweisungen zu geben. Fraglich erscheint

163) Marchtaler S. 91 ff.; Mitteis S. 33.
164) Vgl. oben S. 13 f.
165) Reichel DJZ 1931 Sp. 1132; Marchtaler S. 91 ff.

jedoch, welchen Umfang dieses Recht hat. Zu dieser Frage hat das Reichsgericht einmal ausgeführt[166]), ein Rechtsmißbrauch läge vor, wenn der zu Pedanterie und Nörgelei neigende Mann sich in Dinge mische, die zum häuslichen Wirkungskreis der Frau gehören und die der Mann der Frau zu überlassen pflege. In dieser Entscheidung ist die rechtlich bedeutsame Erkenntnis enthalten, daß es Dinge gibt, die zum Arbeitsbereich der Frau gehören und die der Mann daher der Frau zur Bestimmung überläßt. Entscheidet er aber in einer solchen Angelegenheit, so handelt er mißbräuchlich. Es ist also keineswegs erforderlich, daß der Mann im einzelnen bestimmt hat, welche Dinge die Frau allein regeln darf, sondern maßgebend ist die Verkehrsanschauung[167]). Der Tatsache, daß in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall der Mann zu Pedanterie und Nörgelei neigte, ist nun keineswegs die Bedeutung beizumessen, daß sie allein oder in der Hauptsache für die Bejahung des Rechtsmißbrauchs ursächlich gewesen sei. Auch wenn der Mann diese Eigenschaften nicht hat, kann man zur Bejahung eines Rechtsmißbrauchs kommen. In dem oben genannten Falle war allerdings die geschilderte Veranlagung des Mannes für die Annahme des Mißbrauchs mitbestimmend.

Im Ergebnis ist der Entscheidung des Reichsgerichts, insbesondere der darin liegenden Erkenntnis, zuzustimmen. Zwar räumt das BGB dem Manne die Gestaltung des gesamten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens ein, aber in vielen Fällen wird er von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen. Er wird die Bestimmung, wie die Mahlzeiten zubereitet werden, die Zimmer zu reinigen sind usw., seiner Frau überlassen, da diese Fragen zu ihrem Arbeitsbereich gehören. Aber auch die Ausgestaltung der Wohnräume, von Einrichtung und Neuanschaffungen abgesehen, wird in den meisten Ehen Frauensache sein. So wird die Frau die Räume mit Blumen schmücken, sie wird die Zimmer mit Kissen, Gardinen und all den Dingen, die einem Raum erst die Behaglichkeit geben, versehen. Der Mann ist aus beruflichen Gründen häufig so in Anspruch genommen, daß er sich schon deshalb um diese Dinge nicht kümmern kann. Diese Fragen gehören zum Wirkungskreis der Frau und werden ihr normalerweise zur selbständigen Erledigung überlassen. Mischt sich aber der Mann trotzdem in diese Angelegenheiten, so mißbraucht er damit sein Recht.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß es Fälle gibt, in denen aus besonderen Gründen eine Entscheidung des Mannes auch in häuslichen Angelegenheiten zu Recht besteht. Ist der Mann z. B. infolge

166) RGRK § 1354; Entsch. vom 8. 2. 24, VII, 358/23.

167) Also die Zugehörigkeit zum häuslichen Wirkungskreis der Frau und die Üblichkeit, diese Dinge der Frau zur Bestimmung zu überlassen.

seines Berufes an den häuslichen Angelegenheiten besonders interessiert, so wird er sich auch um diese Dinge kümmern dürfen. So wird ein Innenarchitekt bei der Ausgestaltung der Wohnräume, im Gegensatz zu den obigen Ausführungen, die Entscheidung haben.

3. Mißbrauch im Bereich des § 1634 BGB.

a) Mißbrauch gegenüber dem Kind zugleich Mißbrauch gegenüber der Mutter.

aa) bei kleinem fürsorgebedürftigen Kind.

Im folgenden soll an Hand einiger, vom Reichsgericht entschiedener Fälle gezeigt werden, wie der Mißbrauchsbegriff im Bereich des § 1634 BGB nach heutiger Rechtsanschauung aufzufassen ist. Betrachten wir folgenden Fall:

Die Mutter lebt mit Recht vom Vater getrennt. Sie zieht das gemeinsame, jetzt 5jährige Kind auf. Der Vater verlangt Herausgabe des Kindes gemäß §§ 1634, 1632 BGB.

Da auch hinsichtlich der Bestimmung des Aufenthaltes die Meinung des Vaters vorgeht, kann die Frau die Herausgabe des Kindes nicht verweigern, es sei denn, daß sie den Einwand mißbräuchlicher Rechtsausübung erheben kann [168]).

Es fragt sich in diesem Zusammenhang, ob die Mutter sich zur Begründung der Einrede des Mißbrauchs darauf berufen kann, daß der Vater durch die Ausübung seiner Personensorge das Wohl des Kindes gefährde.

Nach ständiger Rechtsprechung wird genau unterschieden, ob das Verhalten des Vaters einen Mißbrauch der Mutter gegenüber darstellt oder ob sein Verhalten dem Kinde gegenüber mißbräuchlich ist [169]). Im ersten Falle kann die Mutter gemäß §§ 1634, 1354, II BGB die Herausgabe verweigern, im letzten hat sie kein Einspruchsrecht, sondern es handelt sich um einen dem Vormundschaftsgericht zugewiesenen Aufgabenbereich [170]). Die Mutter könnte also, solange nicht das Vormundschaftsgericht dem Vater die Personensorge entzieht und auf sie überträgt, kein eigenes Recht geltend machen. Handelt der Vater jedoch nicht in der Absicht, die Mutter zu kränken, oder liegt ihm irgendeine andere unlautere Gesinnung ihr gegenüber fern, so ist nach h. L. der Mutter gegenüber kein Mißbrauch des Rechts gegeben.

---

168) RGRK § 1634, 1.
169) JW 25, 945; RGRK § 1634, 2.
170) LZ 1918, S. 267 Nr. 13; Warn. 1912, 437; Warn. 1912 Nr. 172; LZ 33, 1412; LZ 1919, 698; JW 07, 7.

Dieser Handhabung des Mißbrauchsbegriffs ist nicht zuzustimmen. Verlangt ein Vater ein kleines, fürsorgebedürftiges Kind heraus, so werden hierdurch auch die Belange der Mutter berührt.

Die Rechtsprechung hat in solchen Fällen in dem Verhalten des Vaters einen Mißbrauch des Sorgerechts dem Kind gegenüber gemäß § 1666 BGB gefunden. Man hat ihn insbesondere darin gesehen, daß der Vater sein Kind aus einer ihm lieb gewordenen Umgebung nimmt und es in einen fremden Kreis bringt[171]). Überhaupt wird in einem schroffen Wechsel in der Unterbringung, der ohne triftigen Grund erfolgt, ein Mißbrauch des Sorgerechts gesehen. Das Kind soll nach Möglichkeit von einem solchen tiefgreifenden Eingriff verschont bleiben[172]). Ist das Kind z. B. von der Mutter allein aufgezogen worden, hängt es mit großer Liebe an ihr, ist es an ihre liebevolle Behandlung gewöhnt und fühlt sich der Mutter eng verbunden, so liegt in einer Trennung des Kindes von seiner Mutter ein Mißbrauch des Sorgerechts gemäß § 1666 BGB[173]). Als Folge der Trennung hat man eine seelische Schädigung des Kindes angenommen. Bei den zarten Banden, die Mutter und Kind verknüpfen, könne die mütterliche Pflege und Erziehung nie ganz ersetzt werden, auch nicht durch Unterbringung bei nahen Verwandten, selbst wenn dem Kind aufmerksamste Pflege zuteil werde. Das Kind erleide eine Einbuße an Geist und Gemüt, die schwer zu beheben sei. Hierdurch werde die seelische Entwicklung des Kindes gefährdet.

Wird hier auf die besonders enge Bindung zwischen Kind und Mutter hingewiesen[174]) und aus einer Trennung tiefgreifende Folgen für das Kind hergeleitet, so kann man andererseits nicht leugnen, daß auch auf Seiten der Mutter eine Trennung nicht ohne Bedeutung sein wird. Die innige Beziehung zwischen einer Mutter und einem kleinen Kind wird durch eine solche Maßnahme empfindlich gestört, wenn nicht sogar aufgehoben. Die Mutter, die ihr Kind täglich umsorgte, die jede Regung ihres Kindes kennt, wird durch ein Herausgabeverlangen an den Vater u. U. darauf beschränkt, ihr Kind nur ab und zu sehen zu dürfen. Dies ist eine Entziehung von Rechten und Pflichten, wie man sie sich kränkender kaum vorstellen kann. Zwischen Mutter und Kind besteht ein naturgegebenes seelisches Band, und die Wegnahme, insbesondere eines kleinen

171) KG JW 34, 2562; Bayr. OLG 43, 370; RGRK § 1666, 2; Planck 3. Aufl. § 1634, 9; LG Berlin JW 36, 2585.

172) Auch wenn die Mutter ihr Kind, nachdem es lange Jahre in einem ihm vertrauten Kreis lebte, plötzlich herausverlangt, mißbraucht sie ihr Sorgerecht (OLG 33, 364).

173) KG JW 34, 2562.

174) Bayr. OLG 43, 370; Bayr. OLG in: Recht 1914, Nr. 1283.

Kindes, von der Mutter wird meist bei ihr schwere Schäden hervorrufen[175]). Hier wird doch das natürlichste Recht der Mutter an einem kleinen Kind verletzt, und man muß zugeben, daß das Sorgerecht der Mutter durch eine mißbräuchliche Entscheidung des Mannes nicht derart in Mitleidenschaft gezogen werden darf; ein kleines fürsorgebedürftiges Kind gehört zur Mutter und wird von ihr am besten betreut. Die Frau ist daher gegenüber dem Mann in erster Linie berechtigt, ein solches Kind bei sich zu haben[176]). Gerade in der heutigen Zeit wird man dieses Recht der Mutter an ihrem Kind bejahen müssen[177]). Dieses Recht wird durch das mißbräuchliche Herausgabeverlangen des Mannes verletzt. Diese Maßnahme enthält sowohl einen Mißbrauch des Sorgerechts dem Kinde gegenüber gem. § 1666 BGB, als auch der Frau gegenüber nach §§ 1634, 1354 II BGB. Dabei kommt es nicht darauf an, daß eine besondere unlautere Absicht des Mannes vorliegt. Ein und dieselbe Maßnahme enthält also Mißbrauchskomponenten sowohl im Verhältnis zum Kind als auch zur Frau[178]). Der Rechtsprechung ist also, soweit sie dies ablehnt, nicht zuzustimmen.

Auch in den Fällen, in denen der Vater ein kleines fürsorgebedürftiges Kind herausverlangt, ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 BGB gegeben sind, weil es z. B. an dem Verschulden des Vaters fehlt, muß man einen Mißbrauch der Mutter gegenüber annehmen[179]). Hier sind die Belange der Mutter ebenso beeinträch-

---

175) Auch die Rechtsprechung hat bereits einmal einen Rechtsmißbrauch der Mutter gegenüber bejaht, wenn diese durch die Trennung von den Kindern erheblich und dauernd gesundheitlich geschädigt würde. (Warn. Rspr. 1912, 187; RGRK § 1634, 2). Die Rechtsprechung erkennt also an, daß die Interessen der Mutter die Grundlage für die Mißbrauchseinrede sein können, ohne daß ein besonderer Mißbrauchstatbestand, wie z. B. eine kränkende Absicht des Vaters, hinzukommen muß.

176) So auch OLG 32, 15.

177) Eben-Servaes DR 1938 S. 90: Eggener, DR 1938 S. 93; Siber-v. Groote S. 23.

178) Marchtaler S. 91 ff.

179) Nach h. L. ist eine schuldhafte Pflichtverletzung des Vaters Voraussetzung der Anwendung des § 1666 BGB (Kipp § 83, 11, 2; Staudinger § 1666, 11; RGRK. § 1666, 2; Soergel § 1666, 1; OLG 17/278, 31/410, 34/264). Das Verschulden muß zurechenbar sein. Es liegt daher nicht vor, wenn dem Vater z. B. die Mittel fehlen, um eine Maßnahme, die im Interesse des Kindes geboten erscheint, z. B. Unterbringung in einer Anstalt, durchzuführen. (OLG 34/264). — Andererseits wird das Verschulden aber bejaht, wenn der Vater wider bessere Einsicht halsstarrig auf seiner Meinung beharrt. (OLG 17/278 Kipp a.a.O. RGRK § 1666, 2; KG Jur. Rundschau 27, 371). — Der Schuldbegriff der h. L. ist also durchaus extensiv zu interpretieren. — Zur Reformbedürftigkeit dieser Regelung vgl. Müller, Elterl. Gewalt und Vormundschaft, S. 30. — Müller hält de lege ferenda ein objektives Verhalten des Vaters, durch das das Kind gefährdet wird, zum Einschreiten des Vormundschaftsgerichts für ausreichend; m. E. mit Recht,

tigt; ihr Recht am Kind ist verletzt, auch wenn das Herausgabeverlangen im Einzelfall nicht eine Maßnahme des Vormundschaftsgerichts rechtfertigt. Es besteht hier sogar ein noch stärkeres Bedürfnis, der Frau die Mißbrauchseinrede der §§ 1634, 1354 II BGB zu geben, denn anderenfalls bliebe die für das Kind ungünstige Entscheidung des Mannes unantastbar. Die Frau muß daher das Recht haben, auch in diesem Falle die Folgeleistung zu verweigern, d. h. sie kann das Kind entgegen dem Verlangen des Mannes bei sich behalten.

bb) andere Fälle.

Es ist noch zu prüfen, wie die Sachlage sich gestaltet, wenn der Vater irgendeine Entscheidung fällt, die dem Kind gegenüber mißbräuchlich ist, ohne daß es sich um ein fürsorgebedürftiges Kind handelt. Könnte man auch in diesem Falle in dem Mißbrauch gegenüber dem Kind einen Mißbrauch gegenüber der Mutter sehen? Kann sie also auch hier die Folgeleistung verweigern?

Angenommen, der Vater verlangt von seinem Kind, es solle bei einem Diebstahl Schmiere stehen, während die Mutter sich weigert, das Kind mit dem Vater gehen zu lassen. Wollte man hier an dem Satz festhalten, daß ein Mißbrauch dem Kinde gegenüber noch keine mißbräuchliche Entscheidung der Mutter gegenüber bedeute, so müßte die Mutter der Entscheidung des Vaters Folge leisten [180]). M. E. ist die Entscheidung des Vaters aber auch der Mutter gegenüber mißbräuchlich [181]). Man muß doch sagen, daß jeder Elternteil in seiner Eigenschaft als Teilhaber der elterlichen Gewalt ein Recht darauf hat, daß der andere die elterliche Gewalt auch ordnungsgemäß ausübt [182]). Also nicht nur das Kind hat einen Anspruch auf ordnungsgemäße Ausübung der elterlichen Gewalt den Eltern gegenüber. Diesen Anspruch hat auch die Mutter gegenüber dem Vater und umgekehrt. Übt der Vater die elterliche Gewalt nicht ordnungsgemäß aus, so liegt in seiner mißbräuchlichen Entscheidung zugleich eine unzulässige Rechtsausübung der Mutter gegenüber. Ist also dem Kind gegenüber ein Rechtsmißbrauch gegeben, so werden gleichzeitig die Belange der Mutter in Mitleidenschaft gezogen. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß eine Entscheidung, die dem Kind gegenüber mißbräuchlich ist, zugleich eine mißbräuchliche

---

zumal die Divergenz zwischen der Auffassung der h. L. und dem Vorschlag Müllers keineswegs erheblich ist.

180) Von einem evtl. Notwehrrecht soll hier abgesehen werden.

181) Schon im gemeinen Recht konnte die Mutter einwenden, daß der die Herausgabe fordernde Vater dem Kind gegenüber mißbräuchlich handele (Eck a.a.O. S. 58).

182) Opet JW 19, 302; Planck (3. Aufl.) § 1634, 9.

Rechtsausübung der Mutter gegenüber enthält. Die Mutter kann also die Folgeleistung versagen.

b) Mißbrauch beim Recht zum Getrenntleben der Ehefrau.

In diesem Zusammenhang soll noch auf eine weitere Frage eingegangen werden. Könnte sich die Mutter zur Begründung der Mißbrauchseinrede lediglich darauf berufen, sie habe ein Recht, getrennt zu leben?

Angenommen, der Vater verlangt ein Kind von der Mutter heraus, ohne daß die obigen Fälle mißbräuchlicher Rechtsausübung des Vaters dem Kind gegenüber vorliegen. Die herrschende Lehre verlangt zum Einwand des Mißbrauchs mehr als das Recht zum Getrenntleben an sich[183]). Es müssen vielmehr nach der Rechtsprechung noch besondere Umstände hinzukommen[184]). So wird ein Mißbrauch des Mannes der Frau gegenüber dann angenommen, wenn dieser das Kind herausverlangt, um auf die Mutter einen Druck auszuüben[185]), sei es, damit sie die eheliche Gemeinschaft wiederherstellt[186]), oder um sie zur Ehescheidung geneigt zu machen[187]).

Das Recht zum Getrenntleben allein ist jedenfalls nach herrschender Lehre nicht geeignet, den Einwand mißbräuchlicher Rechtsausübung zu gewähren.

Diese Rechtsprechung wurde damit begründet, daß die lediglich zum Getrenntleben berechtigte Ehefrau nicht die gleichen Rechte haben dürfe, wie sie das bisherige Recht der ohne ihr Verschulden geschiedenen Frau nach § 1635 BGB zuerkenne[188]). Gegen eine solche Gleichstellung spreche schon die Erwägung, daß bei der Frau, die zur Verweigerung der Gemeinschaft berechtigt sei, die Frage eines auf ihrer Seite vorhandenen Verschuldens noch offen bleibe, während im anderen Falle das alleinige Verschulden des anderen Eheteils gerichtlich festgestellt sei[189]).

Diese Beweisführung ist m. E. nicht stichhaltig. Auch wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind, stand der Mutter gemäß § 1635 BGB die Sorge für einen Sohn unter 6 Jahren und für eine Tochter zu.

Für diese Rechtsprechung wird noch eine weitere Erwägung angeführt. Der Gesetzgeber habe die Sorge für die Person des

183) Warn. 1927, 214; 1913, 350/51; 1917, 334; 1912, 483. Staudinger § 1634, 1 b β; Soergel § 1634, 1.
184) JW 1913, 646, 10; Planck 3. Aufl. § 1634, 9; RGRK § 1634, 2.
185) WarnRspr. 1912, S. 187; 1912 S. 483; 1927 S. 214; Gruchot 53, 699.
186) RG 55, 419.
187) JW 25, 945.
188) RGRK § 1634, 2.
189) JW 13, 646, 10.

Kindes bei bestehender und geschiedener Ehe unterschiedlich geregelt. Ein Recht zum Getrenntleben allein könne den Einwand des Mißbrauchs noch nicht begründen, da der Vater bei der Personensorge den Ausschlag gebe.

Dieser Einwand ist m. E. ebenfalls nicht geeignet, die genannte Auffassung zu stützen. Man muß zunächst bedenken, daß nach altem Recht, und auf dieser Basis bauen die Argumente des Reichsgerichts auf, die Scheidung und damit das Recht, getrennt zu leben, durchweg vom Verschulden eines Eheteils abhängig war[190]). Von der Ausnahme des § 1569 BGB abgesehen, hatte also der Mann schuldhaft verursacht, daß die Frau von ihm getrennt lebte. Könnte er nun das Kind von der Mutter herausverlangen, so ginge diese infolge eines rechtswidrigen Verhaltens des Vaters praktisch ihres Rechts der Personensorge verlustig[191]), da sie dann mit ihrem Kinde nicht mehr in häuslicher Gemeinschaft lebte. Dieses Ergebnis ist durchaus unbefriedigend. Die Frau wäre durch das gemeinschaftswidrige Verhalten des Mannes nicht nur ihres Heimes beraubt, sondern sie hätte damit auch praktisch das Recht verloren, für ihr Kind zu sorgen.

Man kann auch nicht einwenden, es läge ja in der Hand der Frau, die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen und damit die Beziehung zum Kind wieder aufzunehmen. Zwar besteht eine Pflicht der Frau, im Interesse ihrer Ehe und der Kinder gewisse Dinge zu ertragen und sich zu bemühen, die eheliche Gemeinschaft nach Kräften zu erhalten. Allein auch diese Pflicht hat ihre Grenzen. Im Hinblick auf das Wesen der Ehe wäre es sittlich nicht gerechtfertigt, von der Frau zu erwarten, daß sie zu einem Mann, der sein ehewidriges Verhalten auch nach der Trennung fortsetzt und z. B. in der Wohnung eine Konkubine hält[192]), zurückkehre. Besteht in einem solchen Falle der Mann auf Herausgabe des Kindes, so liegt entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein Mißbrauch des Entscheidungsrechts vor[193]). Es handelt sich um eine unzulässige Rechtsausübung des Mannes, die die Belange der Frau nicht berücksichtigt. Der Mann handelt also in Wahrheit ohne Recht.

Aber auch für das geltende Recht, soweit der Scheidungsgrund auf Verschulden beruht, muß dasselbe gelten[194]). Auch hier begrün-

190) Vgl. §§ 1564 ff., 1353 Abs. 2 S. 2 BGB.
191) Planck § 1634, 9 (3. Aufl.)
192) Vgl. Planck (3. Aufl.) § 1634, 9.
193) So auch Planck § 1634, 9 (3. Aufl.). Von der Tatsache, daß in dem Herausgabeverlangen etvl. ein Mißbrauch dem Kind gegenüber gemäß § 1666 BGB läge, soll an dieser Stelle abgesehen werden.
194) Vgl. §§ 47, 48, 49, 55 Abs. 2 Ehegesetz.

det das Recht zum Getrenntleben an sich den Einwand mißbräuchlicher Rechtsausübung[195]).

Fraglich erscheint jedoch, welche Regelung in den Fällen Platz greifen soll, in denen das Recht zum Getrenntleben der Ehefrau nicht auf schuldhaftem Verhalten des Mannes beruht. Der Fall der Geisteskrankheit[196]) kann hier unberücksichtigt bleiben, da die Mutter in diesem Fall wegen Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters[197]) den Aufenthalt des Kindes selbst bestimmen kann.

Ist der Vater vorzeitig unfruchtbar und haben die Ehegatten keine gemeinschaftlichen erbgesunden Kinder, so ist m. E. das Recht der Frau, von ihrem Manne getrennt zu leben, nicht geeignet, den Einwand des Rechtsmißbrauchs zu begründen. Auf Seiten des Mannes liegt kein Verschulden vor. Zieht die Mutter es nun vor, die eheliche Gemeinschaft aufzuheben, so muß sie sich darüber klar sein, daß der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt prinzipiell das Recht hat, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Eine andere Regelung wäre mit dem geltenden Recht unvereinbar.

Dasselbe muß gelten, wenn die Ehe ohne Verschulden des Mannes zerrüttet ist und die häusliche Gemeinschaft aufgelöst wird[198]). Auch hier wäre eine Schmälerung der Rechte des Vaters nicht gerechtfertigt.

Anders ist m. E. die Sachlage, wenn die Zerrüttung der Ehe auf einer geistigen Störung des Vaters beruht[199]). Man muß doch sagen, daß die Mutter gegenüber einem an einer geistigen Störung leidenden Vater in erster Linie berechtigt sein muß, die Kinder bei sich zu haben. Gewiß mag der Vater seinen Zustand nicht verschuldet haben, aber es wäre, auch vom Standpunkt der Kinder aus, unzweckmäßig, sie dem kranken Vater zu belassen. Die Einflüsse, denen sie dort ausgesetzt wären, könnten nur zu ihrem Nachteil sein.

Ähnliche Erwägungen gelten, wenn der Vater an einer ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit[200]) leidet. Ist die Mutter bei einer derart schweren Krankheit des Vaters berechtigt, von ihm getrennt zu leben, so wäre es ihr gegenüber mißbräuchlich, wollte der Vater die Kinder von ihr herausverlangen. Lebten die Kinder

---

195) Es ist hier jedoch zu bedenken, daß das Recht zum Getrenntleben gem. § 83 des Ehegesetzes nicht mehr in dem Umfang wie früher besteht. Ist das Scheidungsrecht z. B. infolge Fristablaufs erloschen, so kann allein aus der Tatsache, die das Scheidungsrecht begründet hat, ein Recht, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern, nicht hergeleitet werden.

196) § 51 Eheges.

197) §§ 1685, 1676, 104, 6 BGB.

198) § 55 Eheges.

199) § 50 Eheges.

200) § 52 Eheges.

beim Vater, so könnten sie leicht Schaden leiden. Die Mutter muß also gegenüber dem kranken Vater berechtigt sein, die Kinder bei sich zu haben.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß mit geringen Ausnahmen, schon das Recht zum Getrenntleben allein den Einwand mißbräuchlicher Rechtsausübung begründen kann.

c) Mißbrauch bei Entscheidung in Frauenangelegenheiten.

Im allgemeinen ist noch festzustellen, daß der oben im Zusammenhang mit §§ 1354, 1356 BGB erwähnte Grundsatz: Einmischung in Frauensachen ist Rechtsmißbrauch, auch im Bereich des § 1634 BGB gelten muß. Bei der tatsächlichen Personensorge für das Kind gibt es ebenfalls Angelegenheiten, die normalerweise die Frau allein regelt, und die daher der Mann seiner Frau zu überlassen pflegt. Hier ist insbesondere an die körperliche Pflege des Kindes zu denken. Der Mann kümmert sich nicht darum, wie das Kind gebadet, gewaschen und gekämmt wird. Auch für die Ernährung insbesondere des kleinen Kindes, gilt dasselbe. Es wäre eigenartig, wenn ein Mann bestimmen wollte, welche Zusammensetzung die Nahrung eines Säuglings haben, oder zu welcher Zeit die Nahrung verabreicht werden soll. Dies ist von Natur aus Frauensache.

Anders ist die Sachlage allerdings bei der Erziehung des Kindes. Häufig kümmert sich der Vater schon bei einem kleinen Kind darum, daß es gehorcht, die Wahrheit sagt usw. Die Charakterbildung kann man nicht zu den Angelegenheiten zählen, die der Mann normalerweise seiner Frau überläßt. Zusammenfassend ist festzustellen: Der Mann, der sich um Angelegenheiten der tatsächlichen Personenfürsorge des Kindes kümmert, die normalerweise der Frau überlassen werden, handelt mißbräuchlich.

IV. Unsere Auffassung vom Rechtsmißbrauch und das Gesetz.

1. „Mißbrauch" heute und bei Entstehung des BGB.

Der Gesetzgeber hat das ehemännliche Entscheidungsrecht anders aufgefaßt, als es nach den obigen Ausführungen zu verstehen ist. Bei der Beratung des Gesetzes ging man von einem umfassenden Recht aus, ein Rechtsmißbrauch sollte nur in Ausnahmefällen unzulässiger Rechtsausübung, etwa der Schikane, vorliegen[201]). Dieses wird insbesondere durch die Ausführungen eines

201) Vgl. StenBer. der II. Beratung des Entw. eines BGB. im Reichstag S. 535 ff. — Ber. d. Reichstagskomm. über den Entw. eines BGB und Einf. Ges. S. 123 ff. — Denkschrift z. Entw. eines BGB S. 181 ff. Mot. z. BGB IV S. 105 ff.

Abgeordneten im Reichstag bestätigt[202]). Er führte aus: „Was bedeutet Mißbrauch, wenn der Grundsatz, der Mann hat die Entscheidung, an der Spitze steht?" Hieraus geht hervor, daß das Entscheidungsrecht grundsätzlich unbeschränkt gedacht war, der Mißbrauch spielte eine untergeordnete Rolle.

Welche Bedeutung dem Begriff des Rechtsmißbrauchs zukommt, wie er das ehemännliche Entscheidungsrecht einschränkt und geeignet ist, die gesamte Rechtsposition des Mannes zu verändern, haben die obigen Ausführungen gezeigt.

Da der Mißbrauchsbegriff einen anderen Inhalt erhalten hat, besteht eine erhebliche Divergenz zwischen dem Umfang des ehemännlichen Entscheidungsrechts, wie es zur Zeit der Entstehung des BGB gewollt war, und dem Entscheidungsrecht nach heutiger Auffassung.

Im Nachstehenden soll dargetan werden, daß eine derartige Abweichung von der Auffassung des Gesetzgebers zulässig ist.

2. Bindung des Richters an das Gesetz.

Zunächst ist hier eine Vorfrage zu beantworten, inwieweit besteht eine Bindung an das Gesetz, m. a. W., ist der Richter an das geltende Gesetz gebunden?

Nach dem Umbruch von 1933 wurde vielfach behauptet, der Richter sei nicht mehr an das Gesetz gebunden, da sich Gesetz und Recht nicht notwendig deckten. Durch Setzung der Norm versuche der Gesetzgeber nur die Schaffung künftigen Rechts. Die Norm werde erst zum Recht „mit der Annahme durch die Gemeinschaft" mit ihrem „Aufgehen in der Lebensordnung"[203]). Diese freirechtliche Auffassung wird jedoch von der h. L. bekämpft[204]). Insbesondere das Reichsgericht hat in einem Urteil von 1934 gegen diese Anschauung Stellung genommen[205]). Es führt aus, nach wie vor habe der an der Spitze des GVG stehende Grundsatz, daß der

---

202) Rickert, StenBer. S. 540.

203) Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerl. Recht S. 7; v. Schönberg Anm. zu RG 144, 306 in JW 34, S. 2547; Nicolai, etwas einschränkend, in Rasse und Recht S. 74.

204) u. a. Dölle, Das bürgerl. Recht im nat.soz. deutschen Staat, Schmollers Jahrb. 57, S. 649/76. Schmitt, Carl, Nationalsozialismus und Rechtsstaat in JW 34, S. 713 ff. — Lühr, DJZ 1934 S. 33 ff.; Henkel, Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt S. 21 ff.; Stoll, Die nationale Revolution und das bürgerl. Recht in DJZ 1933 Sp. 1229 ff., insbes. Sp. 1231; Kisch, Der deutsche Richter in Z. d. Akad. f. D. Recht 1934, S. 9; Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie S. 31 ff.; Franzen, Gesetz und Richter S. 34; Göring, Rede vor der Akad. f. D. R. 13. 11. 1934.

205) RG 144, 306.

Richter dem Gesetz unterworfen sei, Geltung. Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit sei hieran festzuhalten. Wenn bei Anwendung eines Gesetzes das Ergebnis unerwünscht oder unbillig sei, so dürfe keineswegs durch Richterspruch Abhilfe geschaffen werden, sondern allein durch Gesetzesänderung. Dieser Auffassung ist durchaus zuzustimmen. Es wäre mit den Grundsätzen des nationalsozialistischen Führerstaates unvereinbar[206]), wollte der Richter sich anmaßen, ein Gesetz für unanwendbar zu erklären und so den Gesetzgeber zu korrigieren[207]). Das geltende Gesetz, als der niedergeschriebene Wille des Führers und Reichskanzlers, ist Führerentscheidung[208]). Die Anwendung des Gesetzes darf daher selbst dann nicht willkürlich unterbleiben, wenn sie zu unbilligen Ergebnissen führt[209]). Dieses gilt aber nicht nur für die seit 1933 ergangenen, sondern auch für die vor dem Umbruch erlassenen Gesetze, soweit sie vom neuen Staat übernommen wurden[210]). Dies ist für das BGB unzweifelhaft.

Man kann nun nicht sagen, daß die Norm erst mit der Annahme durch die Gemeinschaft Recht werde. Im nationalsozialistischen Staat rechtfertigt zwar das „Rechtsgewissen" des Volkes, nicht der zufällige Beschluß einer Parlamentsmehrheit, die Geltung der Norm[211]). Allein die Prüfung, ob ein Gesetz mit nationalsozialistischen Anschauungen und damit mit dem Rechtsgewissen des Volkes übereinstimmt, obliegt nur der Führung des Staates. Erläßt der Führer und Reichskanzler aber ein Gesetz, oder hebt er ein bestehendes nicht auf, so ist es als eine authentische Interpretation des Volksgewissens anzusehen[212]). Der Richter ist somit an das Gesetz gebunden.

3. Bedeutung der Rahmenbegriffe.

Allein das bestehende Recht als solches ist nicht lückenlos, es regelt nicht alle vorkommenden Fälle. Oft weist der Gesetzgeber den Richter nur durch eine allgemeine Anweisung auf im einzelnen nicht bestimmte Begriffe und Maßstäbe hin und überläßt diesem, nach seinem Ermessen, unter Bindung an den völkischen und autoritären Gedanken, den Begriff zu würdigen und so im Einzel-

---

206) Dölle a.a.O. S. 654.
207) Franzen a.a.O. S. 34; Kisch a.a.O.
208) Freisler, Recht, Richter und Gesetz S. 694; Franzen a.a.O. S. 16/34. Dölle a.a.O. S. 654.
209) Vgl. Görings Rede am 13. 11. 34 vor der Akad. f. D. R.
210) Vgl. hierzu Schmitt, JW 34, S. 713 ff.
211) Franzen, a.a.O. S. 13.
212) Küchenhoff, Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung S. 39.

fall zu ermitteln, was Rechtens ist[213]). Man spricht in diesem Zusammenhang von „wertausfüllungsbedürftigen"[214]), „dehnbaren"[215]) „Blankett-"[216]) oder „Rahmenbegriffen"[217]). Durch Auswertung dieser Begriffe ergänzt der Richter das Gesetz und führt insoweit die Arbeit des Gesetzgebers fort[218]). Bei dem Begriff „Mißbrauch" handelt es sich um einen derartigen wertausfüllungsbedürftigen Begriff[219]). Nun ist der Richter bei seiner Wertung keineswegs an die Auffassung des Gesetzgebers, wie sie bei der Schaffung des Begriffes bestand, gebunden. Der Richter hat vielmehr die Pflicht, dem Rahmenbegriff den materiellen Gehalt zu geben, der dem jeweiligen Rechtsgefühl des Volkes entspricht[220]).

Durch diese „Einfallstore"[221]) dringen die neuen Rechtsanschauungen in das Gesetz ein. Der Inhalt des Gesetzes kann sich auf diese Weise ändern, ohne daß auch nur ein Buchstabe angetastet wird[222]).

Auf unseren Fall angewandt: Der Richter kann in dem oben dargelegten Sinne werten, was unter „Mißbrauch" des ehemännlichen Entscheidungsrechts zu verstehen ist. Die heutigen Rechtsanschauungen wirken sich bei dieser Wertung aus. Eine Abweichung von der Auffassung des Gesetzgebers ist hierbei durchaus erlaubt, ja, wie wir gesehen haben, ist es Pflicht des Richters, den neuen Rechtsgedanken in den Rahmenbegriffen Geltung zu verschaffen.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß der von uns vertretenen Auffassung des Mißbrauchsbegriffs nach geltendem Recht keine Bedenken entgegenstehen.

---

213) Enneccerus-Nipperdey 13. Bearbeitg. § 53, 1.
214) Schaffstein, DR 1934, S. 350.
215) Henkel, Strafrichter und Gesetz S. 30.
216) Hildebrandt, Rechtsfindung im neuen deutschen Staate, 1935 S. 77; Dölle a.a.O. S. 657.
217) Kisch, Z. d. A. f. D. R. 1934, S. 9.
218) Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft 1934, S. 20; Kisch a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearbtg. S. 49 II.
219) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearbtg. § 53. Andere Beispiele derartiger Begriffe: „Treu und Glauben", „Gute Sitten", „Billigkeit" (vgl. insbes. Hildebrandt a.a.O.).
220) Kisch a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey § 49 II Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie S. 32/33; Lühr, DRZ 1934 Sp. 35; Schmitt Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, JW 33, 2793/94.
221) Hildebrandt a.a.O. S. 77.
222) Stoll, Die nationale Revolution und das bürgerl. Recht, DJZ 1933, Sp. 1229 ff.; Stoll, Das bürgerl. Recht in der Zeiten Wende 1933, S. 17 ff. Dölle a.a.O. S. 657

V. Folgen des Rechtsmißbrauchs.

1. Herstellungs- und Feststellungsklage.

Übt der Mann sein Entscheidungsrecht mißbräuchlich aus, so gibt das Gesetz der Frau die Befugnis, dieser Entscheidung keine Folge zu leisten, § 1354 Abs. 2 BGB. Die Frau ist aber nicht darauf angewiesen, lediglich die Folge zu verweigern, sie kann vielmehr nach h. L. eine Änderung der Entscheidung des Mannes auch im Wege der Herstellungsklage zu erreichen suchen [223]). Alle Ansprüche der Gatten wegen Verletzung der aus der Ehe folgenden Pflichten können mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens verfolgt werden [224]).

Fraglich erscheint, ob auch eine Feststellungsklage der Frau dahin zulässig ist, daß sie nicht verpflichtet sei, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten. Zwar wäre diese Klage geeignet, rechtskräftig unter den Parteien festzustellen, ob die Frau zu Recht oder Unrecht die Folgeleistung versagte. Insbesondere für einen späteren Ehescheidungsprozeß wäre eine solche urteilsmäßige Grundlage sehr wertvoll [225]). Allein der Zulässigkeit der Feststellungsklage stehen Bedenken entgegen. Die persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander können nur im Eheprozeß gerichtlich entschieden werden [226]). Es würde dem sittlichen Wesen der Ehe widerstreiten, wollte man die inneren Verhältnisse des Ehelebens in einem bürgerlichen Rechtsstreit außerhalb des besonders geregelten Eheprozesses behandeln [227]). Als „Ehesache" im Sinne des § 606 ZPO könnte man diese Feststellungsklage aber nicht ansehen, denn diese Vorschrift will die Ehesachen vollständig aufzählen [228]), und unter eine der dort genannten Klagen kann man sie nicht fassen.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis: Bei einem Rechtsmißbrauch des Mannes kann die Frau im Wege der Herstellungsklage eine Änderung der Entscheidung zu erreichen suchen; eine Feststellungsklage des Inhalts, daß die Entscheidung mißbräuchlich ergangen sei und daher keine Rechtspflicht erzeuge, ist dagegen unzulässig.

---

223) RG 97, 287; Planck (4. Aufl.) § 1354, 6; Staudinger § 1354, 7; Cosack-Mitteis § 44, V S. 218.

224) Baumbach, ZPO, 8. Aufl. § 606, 6; Crome IV, S. 149; Joerges S. 36; Planck (3. Aufl.) Vorbem. 5 zu § 1353.

225) So auch Wetzel, ArchfBR 26, 135; RG JW 03, Beil. 146, ohne aber in dem entschiedenen Fall eine Feststellungsklage zuzulassen, da es an einem anderen Erfordernis fehlte.

226) Planck § 1353, 18; RG 71, 89.

227) RG 71, 89.

228) Wetzel, ArchfBR 26, 135; Staudinger § 1353, 4; Planck § 1353, 18.

2. Entscheidungsbefugnis der Frau.

In diesem Zusammenhang interessiert eine andere Frage: Könnte die Frau bei einer mißbräuchlichen Entscheidung des Mannes evtl. an seiner Stelle entscheiden?

Diese Frage wird, wenigstens für die Bestimmung von Wohnort und Wohnung, von Staudinger bejaht[229]), während das RG die Lösung dahingestellt sein läßt[230]). Die Beantwortung dieser Frage ist nicht ohne Bedeutung. Angenommen, der Mann will eine Wohnung beziehen, die zweifellos gesundheitsschädlich ist. Dieser mißbräuchlichen Entscheidung braucht die Frau nicht Folge zu leisten, sie könnte also in der bisherigen Wohnung verbleiben. Muß man aber der Frau nicht nach Sinn und Zweck des Gesetzes über die mißbräuchliche Rechtsausübung die Befugnis geben, nun ihrerseits eine Wohnung, die den normalen Erfordernissen der Gesundheit und der Hygiene entspricht, zu wählen?

M. E. wäre das Entscheidungsrecht der Frau wenigstens dann gerechtfertigt, wenn der Mann auf seiner ursprünglichen Entscheidung beharrt und sich weigert, eine neue Anordnung, die man als rechtswirksam ansehen könnte, zu treffen und die Frage nach Lage der Dinge keinen Aufschub vertrüge. Wäre beispielsweise die bisherige Wohnung anderweit vermietet, so brauchte die Frau keineswegs in die Wohnung, die ihrer Gesundheit nicht zuträglich ist, einzuziehen und sich erst mit der Herstellungsklage ihr Recht zu verschaffen. Bis das Urteil erwirkt wäre, könnten schon Gesundheitsschäden eingetreten sein. Zwar könnte die Frau auf dem Wege der einstweiligen Verfügung eine schnelle Erledigung der Angelegenheit zu erreichen suchen. Aber was soll in den Fällen gelten, in denen das Gericht die Auffassung der Frau nicht teilt und die Verfügung nicht erläßt? Kann man zudem von der Frau verlangen, daß sie diesen Weg beschreitet und sich bei späterer Aufhebung dieser Maßnahme durch Urteil einer Ersatzpflicht gem. § 945 ZPO aussetzt? Man muß vielmehr der Frau die Befugnis zusprechen, an Stelle des Mannes zu entscheiden. Dies bedeutet auch keine Schmälerung der Rechte des Mannes, denn es liegt ja bei ihm, eine neue nicht mißbräuliche Entscheidung zu treffen und damit die der Frau wieder aufzuheben. Für die Kosten einer unter diesen Umständen von der Frau gemieteten Wohnung haftet der Mann gem. § 1360 BGB. Die Verpflichtung des Mannes, seiner Frau Unterhalt zu gewähren, umfaßt, ihr eine ordnungsgemäße nicht gesundheitsschädliche Wohnung zur Verfügung zu stellen[231]). Da die Frau jedoch

229) Staudinger 9. Aufl. § 1354, 7.
230) RG SeuffBl. 66. 370; Soergel § 1354, 1.
231) Planck § 1360, 3; RGRK § 1389. 2; Staudinger § 1389, 2 a.

dem Vermieter als Vertragspartner gegenüber steht, ist sie diesem zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet, unbeschadet ihres Rechts, Ersatz der Auslagen von ihrem Mann zu verlangen. Schuldnerin des Mietzinses ist also die Frau als Mieterin, während die Haftung des Mannes sich nur im Innenverhältnis auswirkt. Eine direkte Haftung des Mannes könnte sich aus dem Gesichtspunkt der Schlüsselgewalt ergeben. Allein grundsätzlich zählt die Miete einer Wohnung nicht zu den Geschäften, die die Frau als Vertreterin des Mannes für diesen abschließen darf[232]). Wenn auch in Ausnahmefällen einer Verhinderung des Mannes infolge längerer Abwesenheit oder aus beruflichen Gründen der Kreis der Angelegenheiten, die die Frau im Rahmen der Schlüsselgewalt für den Mann abschließen darf, erweitert wird[233]), so ist doch in dem Fall, in dem der Mann eine Bestimmung getroffen hat, eine Verpflichtung entgegen seinem ausdrücklichen Willen nicht anzunehmen.

D. ANDERE WERTUNG DES BEGRIFFS: „SONDERANGELEGENHEITEN".

Fraglich erscheint noch, ob man die rechtliche Stellung der Frau, über die aufgezeigte Auslegung des Gesetzes hinaus, dadurch bessern kann, daß man ihr in einigen Angelegenheiten die Bestimmung überträgt. Dieses könnte dadurch geschehen, daß man die Angelegenheiten, die zum Arbeitsbereich der Frau gehören und die der Frau überlassen werden, aus dem Kreis der gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten herausnimmt und sie als Sonderangelegenheiten der Frau kennzeichnet. Diese Dinge gehören doch dem Interessenkreis der Frau an. Sie ist durch Tradition und Veranlagung in so weitem Maße mit ihnen vertraut, daß man mit Recht von reinen Frauensachen sprechen kann. Wenn auch die häuslichen Angelegenheiten nicht den persönlichen Charakter haben, wie die oben erwähnten Sonderangelegenheiten, so rechtfertigt doch die Zugehörigkeit dieser Dinge zum Arbeitsbereich der Frau eine gleiche Behandlung. Die Frau steht im Mittelpunkt des häuslichen Lebens. Zu ihrer Aufgabe gehört es, Hausfrau zu sein. Auf die Bedeutung dieser Tatsache wird gerade heute immer wieder hinge-

232) Kipp, Schlüsselgewalt in den romanischen Rechten S. 69; Staudinger § 1357, 3 a; Soergel § 1357, 2; Palandt, Bürgerl. Gesetzbuch 1939 § 1357, 2 u. a.

233) z. B. bei längerer Abwesenheit des Mannes im Felde (Flatow, Beiträge zum Mietrecht der Kriegsteilnehmer, JW 1915, S. 75 ff.).

wiesen[234]). Man sollte nun nicht zögern, diesen Gegebenheiten Rechnung zu tragen und die rechtliche Stellung der Frau der tatsächlichen anzugleichen und die Angelegenheiten, die sie auch bisher selbständig bearbeitete, als ihre Sonderangelegenheiten behandeln.

Es bleibt noch zu entscheiden, wie der Kreis der in §§ 1354, 1356 BGB erörterten Angelegenheiten, die der Frau zur alleinigen Bestimmung zu übertragen sind, abzugrenzen ist.

In erster Linie fallen Haushaltsfragen darunter, also die Mehrzahl der Angelegenheiten des § 1356 BGB, aber auch viele des § 1354 BGB. Im einzelnen entscheidet die Verkehrsanschauung. Hiernach könnten wohl auch wirtschaftliche Fragen in gewissem Umfange als Sonderangelegenheiten der Frau bezeichnet werden. Allerdings: den Rahmen zu bestimmen, in dem die Auslagen sich bewegen dürfen, d. h. die Gesamtsumme festzusetzen, die überhaupt ausgegeben werden darf, wird Sache des Mannes sein. Aber die Frau kennt normalerweise die Preise und die wirtschaftliche Lage, soweit sie den Haushalt betrifft, besser als der Mann; denn sie vergleicht bei den Einkäufen die Preislage der einzelnen Güter, sie vermag daher auch in der Regel die Festsetzung der Einzelausgaben innerhalb des ihr gegebenen Rahmens besser vorzunehmen. Demnach wäre die Bestimmung darüber, welche Summe für Nahrung, wieviel für Kleidung usw. ausgelegt werden darf, der Frau als Sonderangelegenheit zu überlassen.

Auch im Bereich des § 1634 BGB müßte der Frau eine ihrer Würde als deutscher Mutter entsprechende Stellung eingeräumt werden[235]). Fragen, die z. B. die Kleidung, Ernährung und Pflege eines kleinen Kindes betreffen, müßte die Frau allein zu entscheiden haben. In Wahrheit regelt sie diese Angelegenheiten ja auch allein. Warum sollte weiterhin eine Inkongruenz zwischen dem tatsächlichen Aufgabenbereich der Frau und ihrer rechtlichen Stellung bestehen?

Also auch die Fürsorge für die Person des kleinen Kindes, insbesondere seine Ernährung, Pflege und Kleidung, ist zweckmäßigerweise als Sonderangelegenheit der Frau zu kennzeichnen.

Diese Regelung erinnert an den oben besprochenen Vorschlag einer Entscheidung nach Sachgebieten. Das Ressort der Frau wurde dahin umschrieben, daß die Verkehrsauffassung über den Umfang des Sachgebiets entscheidet.

---

234) u. a. Eben-Servaes, Deutsches Recht 1938 S. 90; Egoener, Deutsches Recht S. 92 (1938). Ebenso Marianne Weber, Frauenfragen und Frauengedanken S. 152/153.

235) Freisler, Ehescheidungsrecht S. 6.

Der bei der Ressortteilung erwähnte Mangel, der darin liegt, daß es zweifelhaft ist, was in den Fällen geschehen soll, in denen Mann und Frau gleich kompetent sind, wird hier insofern vermieden, als alle Angelegenheiten, die nach den obigen Darlegungen nicht zum Aufgabenbereich der Frau gehören, vom Mann zu entscheiden sind, ohne daß eine Kompetenz der Frau berücksichtigt würde.

E. ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNGEN.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß der Frau bereits im geltenden Recht die Stellung eingeräumt werden kann, die ihr gebührt. Die Erfassung der ehelichen Gemeinschaft nach nationalsozialistischen Gesichtspunkten und eine Verteilung der Rechte und Pflichten nach diesem Prinzip bildet das Fundament, auf dem sich die Neuordnung der rechtlichen Stellung der Frau vollziehen kann.

Dem Mann als Führer und der Frau als seiner verantwortlichen Beraterin erwachsen gleichermaßen aus ihren Aufgaben Rechte und große Pflichten. Es ist Sache des Mannes, sich seines Entscheidungsrechts würdig zu erweisen. Mit der inneren Kraft seiner Persönlichkeit, nicht mit der äußeren Autorität des Befehls, soll er die Zustimmung der Frau bei seiner Entscheidung erringen. Nur dann, wenn er sich vor einer Entscheidung mit seiner Frau berät und ihre berechtigten Interessen mit zur Entscheidungsgrundlage gemacht sind, ist seine Entscheidung nicht mißbräuchlich. Das ehemännliche Entscheidungsrecht hat also viel von seinem früheren Gewicht verloren.

Der Frau erwächst aus ihrer Beratungspflicht die große Verantwortung, Mitarbeiterin des Mannes zu sein. Auf ihrem Gebiet, sowohl im häuslichen Wirkungskreis als auch bei der Gestaltung des gemeinschaftlichen Lebens und nicht zuletzt bei der Personensorge für das Kind handelt sie jedoch selbständig. Eine Einmischung des Mannes wäre Rechtsmißbrauch.

LITERATUR-VERZEICHNIS

Anz, Heinrich: Eheschließung, Ehenichtigkeit und Eheaufhebung nach dem Gesetz vom 6. Juli 1938, in: JW 1938, S. 2069 ff.

Auert, Hermann: Das neue großdeutsche Eherecht. 2. Aufl. Berlin 1938.

Bartsch, Robert: Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter. Leipzig 1903.

Bebel: 2. Beratung des Entwurfs eines BGB im Reichstage. Stenogr. Ber. S. 540 ff.

Bechert, Rudolf: Deutsche Rechtsentwicklung und Rechtserneuerung. Nat. soz. Handbuch für Recht und Gesetzgebung S. 71 ff.

Becker, Ursula: Die Entwicklung des Frauenerwerbs seit der Jahrhundertwende, 1937.

v. Brünneck, Wiltraut: Die Industriearbeiterin im Recht. DR 38, S. 96.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts. 2. Bd., 6. umgearbeitete Auflage, Jena 1913.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des BGB. 2. Bd. 7. u. 8. Aufl. Jena 1924.

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 4. Bd. Immaterialgüterrechte. Familienrecht. 1908.

Danzer, Claus: Frauenarbeit und Geburtenfrage. DR 38, S. 109.

Dellbrück: Die Familie als Rechtsgemeinschaft im Steuerrecht. JW 38, 2511.

Dernburg, Heinrich: Deutsches Familienrecht, 4. Aufl. Halle 1908.

— Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 4. Aufl. Halle 1884.

Dölle, Hans: Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat. Schmollers Jahrb. 57, S. 649/76.

Dronke, Ernst: Gutachten über die Frage: Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des BGB mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 I Satz 2 der RV einer Änderung? in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentags (Lübeck). Herausgg. vom Schriftführeramt der ständigen Deputation. 1. Bd. (Gutachten) 2. Lieferung. Berlin und Leipzig 1930, S. 592 ff.

Eben-Servaes, Ilse: Die Frau und Mutter im nationalsozialistischen Familienrecht, DR 38, S. 90.

Eggener, Elfriede: Die Frau im öffentlichen Leben, DR 38, S. 92.

Egger: Komm. zum Schweiz. Zivilgesetzbuch II. Bd. Familienrecht 1. Abteil. Eherecht 2. Aufl. 1936.

Eck, Clara: Die elterliche Gewalt im BGB. Ihr Inhalt und ihre Zuständigkeit. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 41, S. 1 ff.

Eltzbacher, Paul: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. I. Bd. Berlin 1903.

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil, 22.—24. Aufl.

Erffa, Margaretha: Das neue Eherecht, Textausgabe mit amtlicher Begründung. Berlin 1938.

Feine, Hans Erich: Besprechung von Kipp-Wolff, Familienrecht (5. Bearb. 1925) in: Mecklenb. Ztschr. f. Rechtspflege, Rechtswiss. u. Verw. 1926, Sp. 331 ff.
Förster, Franz: (bearb. von Eccius), Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts. I. Bd. 5. Aufl. Berlin 1887.
Frank, Hans: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. München 1935.
— Grundsätze des Nationalsozialistischen Rechtsdenkens und Wollens, in: Nat.soz. Handb. für Recht und Gesetzgebung, 1935. S. 3 ff.
Franzen, Hans: Gesetz und Richter, 1935.
Freisler, Roland: Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht. Berlin 1937.
— Recht, Richter und Gesetz. S. 694 ff.
Fuchs, August: Familienrecht. 1909.
Gierke, Otto: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 2. Bd. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin 1873.
Göring, Hermann: Rede vor der Akademie für Deutsches Recht am 13. 11. 1934.
Hagemann, Karl: Personenfürsorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während bestehender Ehe. Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, 1922, S. 401 ff.
Henkel, Heinrich: Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt. 1934.
Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Hamburg 1934.
Hildebrandt, Heinz: Rechtsfindung im neuen deutschen Staat. 1935.
Höhn, Reinhard: Bei Frank, Deutsches Verwaltungsrecht 1937, S. 71 ff
Hölder, Eduard: Kommentar zum Allg. Teil des BGB. München 1900.
Hörle: Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353—1361 BGB. Archiv für Bürgerl. Recht Bd 31, S. 121 ff
Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Leipzig 1930.
Joerges, Rudolf: Die eheliche Lebensgemeinschaft, in ihrem Begriffe, in ihren Gestaltungen und ihren vermögensrechtlichen Beziehungen. Halle 1912.
Jonas: Die Zivilprozeßordnung 16. Auflage 1938, 1939.
Josserand, Louis: Cours de Droit civil Positiv Francais. Tome premier. Nr. 879.
Kerrl-Weidemann: Die deutsche Gemeindeordnung. Kommentar. 2. Aufl. Berlin 1937.
Kipp, Karl Theodor: Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den Romanischen Rechten, Berlin 1928.
Kipp, Theodor: in der Festgabe für Gierke, II. Bd. S. 11.
— in Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags S. 345.
Kisch, Wilhelm: Der deutsche Richter. Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht. 1934, S. 9.
Kohler, Josef: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Bd., 1. Teil, Familienrecht, Berlin 1915.
Küchenhoff: Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung. Berlin 1934.
Lange, Heinrich: Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht. Tübingen 1933
— Nationalsozialismus und bürgerliches Recht in NS. Handb. S. 936.
Larenz, Karl: Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. 1934.
Lühr: Darf der Richter gegen das Gesetz entscheiden? Deutsche Richter-Zeitung 1934, S. 33 ff.
v. Marchtaler, Hans Ulrich: Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz. Stuttgart 1932.

Martin: Gesetzesmißbrauch, Rechtsmißbrauch.
Massfeller, Franz: Das neue Ehegesetz. Berlin 1938.
Maunz, Theodor: Verwaltung, Hamburg 1937.
Messer: Die Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehemannes. JW 38, 2793.
Mitteis, Heinrich: Bürgerliches Recht, Familienrecht. 2. erweiterte Auflage. Berlin 1928.
Munk, Marie: Die elterliche Gewalt und ihre Reform. JW 1925, S. 309 ff.
Müller, Hans: Elterliche Gewalt und Vormundschaft. Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Stuttgart und Berlin 1938.
Nicolai: Rasse und Recht.
Oertmann, Paul: Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. Berlin 1927.
Opet, O. u. v. Blume, W.: Kommentar zum BGB. Das Familienrecht, 1. Teil, Berlin 1906.
Opet, Otto: Das Verwandtschaftsrecht des BGB. Berlin 1899.
— Klage der Mutter auf Herausgabe des Kindes. JW 19, S. 302.
Planck: Kommentar zum BGB, Bd. IV, 1. Hälfte, 4. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin und Leipzig 1928 und Bd. I, Allg. Teil, 4. Aufl. Berlin 1913.
— in der 2. Beratung des Entwurfs eines BGB im Reichstage, StenBer. S. 548 ff.
Planiol et Ripert: Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome II, Nr. 381, 382.
Planitz: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Berlin 1925.
RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 8. wesentlich umgearbeitete Aufl., Bd. 4 Familienrecht, Berlin und Leipzig 1935.
Reichel: Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe. DJZ 1931, Sp. 1131.
Rickert: 2. Beratung des Entwurfs eines BGB im Reichstage, Stenogr. Ber. S. 540 ff.
Rilke, Alice: Die Frau am Werk, Berlin, Januar 1938.
Riss, Franz: Erziehungsrecht und Vertretungsmacht. Jur. Rundschau 1926, Bd. I, Sp. 119 ff.
Siber-v. Groote, Paula: Die Frauenfrage und ihre Lösung durch den Nationalsozialismus. Wolffenbüttel-Berlin 1933.
Siebert, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB) unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes. (§ 1 UWG), Marburg 1934.
— Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht. Nat.soz. Handb. S. 958.
Soergel: Kommentar zum BGB. 6. neubearbeitete Aufl. 1937.
Schaffstein: Politische Strafrechtswissenschaft, 1934.
— Deutsches Recht, 1934 S. 350.
Schmitt, Carl: Neue Leitsätze für die Rechtspraxis. JW 1933, S. 2793 ff.
— Nationalsozialismus und Rechtsstaat. JW 1934, S. 713.
— Der Weg des deutschen Juristen. DJZ 1934 S. 691.
Schwinge, E. u. Zimmerl, L.: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. Bonn 1937.
Stammler, Rudolf: Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902 und Halle 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. IV. Familienrecht, 9. Aufl. 1926.
Stoll, Heinrich: Das bürgerliche Recht in der Zeitenwende, 1933.
— Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht. DJZ 1933, Sp. 1229.

Stölzel-Spieler: Personenstandsgesetz 4. Aufl. 1936.
Traeger: 2. Beratung des Entwurfs eines BGB. im Reichstage, StenBer. S. 535 ff.
Waldecker: Die eingetragene Genossenschaft, Tübingen 1916.
Waldstein: Verhandl. der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. Bd. 328: StenBer. von der 53. Sitzung 10. Juli 1919, bis zur 70. Sitzung am 30. Juli 1919 Seite 2126.
Weber, Marianne: Frauenfragen und Frauengedanken. Gesammelte Aufsätze. Tübingen 1919.
— Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Tübingen 1907.
Wetzel, Paul: Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 26 S. 54 f.
Wieruszowski: Die Grundrechte und Grundpflichten der RV. Kommentar zum 2. Teil der RV. Bd. II Art. 118—142. Herausgegeben von Nipperdey. Art. 119 Ehe, Familie, Mutterschaft.

LEBENSLAUF.

Am 31. Oktober 1911 wurde ich als Tochter des Apothekers Fritz Rody und seiner Ehefrau Anna, geb. Holland, zu Bad Ems geboren. Ich bin katholischer Konfession. Im Februar 1931 legte ich in Koblenz an der Hildaschule die Reifeprüfung ab. Zunächst studierte ich in Innsbruck und München Medizin. Im Sommer-Semester 1932 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften in München, wo ich bis zum Winter-Semester 1932 blieb. Nach dieser Zeit besuchte ich die Universität in Bonn. Am 17. August 1936 bestand ich in Köln die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 30. November 1936 zur Gerichtsreferendarin ernannt.

Die mündliche Promotionsprüfung bestand ich am 27. Februar 1939 in Bonn mit „gut".